



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SIENA - FOGGIA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE

CICLO XXXI

*Tutela giurisdizionale delle imprese nel mercato degli appalti pubblici tra
giurisdizione soggettiva ed oggettiva. Il modello processuale ed i profili critici.*

DOTTORANDA
Federica Forte

TUTOR
Ch.mo Prof. Enrico Follieri

A.A. 2017/2018

INDICE

INTRODUZIONE.....	6
1. <i>Obiettivi della ricerca e considerazioni sul metodo dell'indagine.</i>	6
2. <i>Piano dell'indagine ed ulteriori indicazioni metodologiche.</i>	8
Capitolo I.....	12
Lo <i>standard</i> di tutela garantito al ricorrente dalle “ <i>direttive ricorsi</i> ” di prima e seconda generazione.	12
1. <i>Dalla concezione contabilistica alla funzione pro-concorrenziale della normativa sull'evidenza pubblica.</i> ..	12
2. <i>Le ragioni dell'adozione delle direttive ricorsi di prima generazione 89/665/CEE e 92/13/CEE: a) La garanzia dell'effettività del diritto comunitario.</i>	19
2.1. <i>b) Lo sviluppo “garantistico” del principio di effettività della tutela giurisdizionale. La legittimazione dell'intervento comunitario in materia processuale.</i>	21
2.1.1. <i>(Segue) L'effettività della tutela giurisdizionale come principio-diritto fondamentale. L'art. 47 della Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona.</i>	26
2.2. <i>Il rapporto tra l'effettività della tutela giurisdizionale e l'effettività della normativa comunitaria nella direttiva ricorsi 89/665/CEE.</i>	32
3. <i>Un primo passo verso la formazione di un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici?</i>	34
4. <i>Analisi del contenuto della direttiva 89/665/CEE.</i>	37
4.1. <i>(Segue) Il recepimento della direttiva ricorsi nell'ordinamento italiano.</i>	38
4.1.1. <i>(Segue) Le difficoltà pratiche incontrate dal ricorrente per ottenere il risarcimento del danno.</i>	44
5. <i>Le ragioni della revisione delle primigenie direttive ricorsi. L'adozione della direttiva ricorsi di seconda generazione (2007/66/CE).</i>	46
5.1. <i>La direttiva 2007/66/CE potenzia i meccanismi di tutela pre-contrattuale: l'introduzione della clausola di standstill period procedimentale e processuale.</i>	50
5.2. <i>La privazione di effetti del contratto per “gravi violazioni” del diritto comunitario.</i>	53
5.3. <i>(Segue) Eccezioni alla regola della privazione di effetti del contratto e l'applicazione di sanzioni alternative.</i>	58
5.4. <i>(Segue) L'opzione tra la privazione di effetti del contratto e l'irrogazione di sanzioni alternative in caso di violazioni “formali”.</i>	59
Capitolo II	62
Il rito speciale in materia di appalti pubblici nell'ordinamento italiano: dalle prime norme acceleratorie al d.lgs. n. 53 del 2010. Verso la creazione di un microsistema processuale accelerato con regole autonome. ...	62
1. <i>Il recepimento della direttiva ricorsi dall'art. 44 della legge delega n. 88 del 2009 al Codice del processo amministrativo. Quadro di sintesi.</i>	62
2. <i>Breve excursus sulle ragioni dell'introduzione delle prime disposizioni acceleratorie nel settore dei contratti pubblici. Caratteristiche generali e profili critici (cenni).</i>	66
2.1. <i>La celere fissazione della data dell'udienza di merito nell'art. 31-bis, co. 2, 3, L. n. 109 del 1994. Regolamentazione o compressione della fase cautelare?</i>	68
3. <i>Il rito abbreviato con decisione differita ex art. 31-bis, co. 3, L. n. 109 del 1994 e il nuovo rito abbreviato con decisione immediata ex art. 19 D.L. n. 67 del 1997: analisi delle differenze.</i>	71
4. <i>Le censure di illegittimità costituzionale sollevate in riferimento ai commi 2 e 3 dell'art. 19 D.L. n. 67 del 1997.</i>	74

4.1. (Segue) La concentrazione della fase cautelare con quella di merito non viola l'esercizio del diritto di difesa e il principio di effettività della tutela giurisdizionale. La decisione della Consulta.	76
4.1.1. (Segue) La compatibilità costituzionale del dimezzamento del termine di notifica del ricorso introduttivo di primo grado.	78
5. L'abrogazione dell'art. 19 D.L. n. 67 del 1997 e l'introduzione del rito abbreviato ex art. 23-bis L. Tar.	81
5.1. (Segue) Il più vasto ambito di applicazione dell'art. 23-bis L. Tar.	82
5.2. (Segue) Il ripristino del termine di decadenza di sessanta giorni per la proposizione del ricorso principale. Dubbi interpretativi sulla durata degli altri termini processuali.	84
5.3. (Segue) I presupposti per l'instaurazione del giudizio abbreviato ex art. 23-bis, co. 3, c.p.a. La quasi integrale trasposizione della norma nell'art. 119, co. 3, c.p.a.	87
5.3.1. (Segue) Caratteri peculiari della tutela cautelare ex artt. 23-bis, co. 5, L. Tar e 119, co. 4, c.p.a.: i casi "di estrema gravità ed urgenza".	91
6. L'introduzione di un microsistema processuale accelerato con regole autonome. Il definitivo allontanamento dal modello processuale ordinario e dal rito abbreviato ex art. 23-bis L. Tar.	92
7. L'adeguamento dello standstill period procedimentale alle disposizioni della direttiva ricorsi 2007/66/CE e al dimezzato termine di notifica del ricorso principale.	96
7.1. (Segue) La disciplina dello standstill period processuale nell'ordinamento italiano. Un'ipotesi di tutela cautelare ex lege.	99
8. L'accelerazione dei termini processuali imposta dal d.lgs. n. 53 del 2010. Differenze con il rito abbreviato ex art. 23-bis, L. Tar.	106
Capitolo III	108
La disciplina del rito speciale in materia di appalti pubblici nel c.p.a. Il difficile inquadramento del modello processuale.	108
1. Dal d.lgs. n. 53 del 2010 al Codice del processo amministrativo. Il nuovo rapporto tra il rito speciale ex art. 120 c.p.a. e il rito abbreviato comune ex art. 119 c.p.a.	108
2. L'ambito di applicazione dell'art. 120 c.p.a.	112
2.1. (Segue) L'impugnazione degli atti delle procedure di affidamento unicamente in sede giurisdizionale: l'impraticabilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.	114
3. La competenza territoriale inderogabile dal d.lgs. n. 53 del 2010 al codice del processo amministrativo.	118
4. I nuovi termini processuali nell'art. 120 c.p.a.: l'assimilazione al regime processuale dell'art. 119 c.p.a. e le differenze rispetto all'art. 245, co. 2-quinquies, d.lgs. n. 163 del 2006.	121
4.1. (Segue) La fissazione della data dell'udienza di merito.	124
4.3. La fase cautelare.	126
4.3.1. (Segue) Lo spazio riservato alla tutela cautelare ante causam e monocratica nel rito speciale in materia di appalti pubblici.	130
4.4. La pubblicazione obbligatoria del dispositivo nell'originaria formulazione dell'art. 120, co. 9, c.p.a.	131
4.4.1. (Segue) La particolare disciplina dell'anticipata pubblicazione del dispositivo su istanza di parte alla luce delle modifiche del 2014 e del 2016.	134
4.5. Il differente regime del termine per la redazione e pubblicazione (deposito) della sentenza tra giudizio di primo grado e giudizio di appello.	137
4.6. Il principio di sinteticità e chiarezza degli atti di parte e la sua attuazione nel rito in materia di appalti pubblici. L'estensione della regola dei limiti dimensionali a tutto il processo amministrativo.	139
4.6.1. (Segue) La redazione della sentenza in forma semplificata.	142

5. Il potere del g.a. di dichiarare l'inefficacia del contratto. Fine della vexata quaestio sulla qualificazione giuridica della sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione?	144
6. L'ampliamento dei poteri cognitori del g.a. L'estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto.	149
7. L'inefficacia del contratto per "gravi violazioni". La coincidenza della tutela dell'interesse del ricorrente con l'interesse pubblico alla concorrenza.....	153
7.1. (Segue) Le condizioni affinché la violazione dei termini dilatori possa assurgere a "violazione grave". La valorizzazione dell'inefficacia funzionale al subentro.	158
8. L'inefficacia flessibile ed utile: il bilanciamento degli interessi ai sensi dell'art. 121, co. 2, c.p.a.	161
9. Il potere valutativo del g.a. nelle ipotesi di violazioni "ordinarie". La centralità dell'interesse del ricorrente al subentro.	164
10.1. (Segue) L'ipotesi della giurisdizione esclusiva speciale e la necessità di un superamento dei tria genera jurisdictionis.....	171
11. Il potere del g.a. di dichiarare d'ufficio l'inefficacia del contratto ex art. 121 c.p.a.: indirizzi interpretativi.	175
11.1. (Segue) Orientamenti compatibili con il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa. La salvaguardia del principio dispositivo.	179
11.2. (Segue) Il punto di vista della giurisprudenza amministrativa. Il richiamo al "fantasma" della giurisdizione oggettiva.	184
12. Le sanzioni "alternative" e le sanzioni "effettivamente" alternative: a) ambito di applicazione.	188
12.1. (Segue) b) Dubbi sulla costituzionalità della scelta di affidare il potere di irrogare le sanzioni al g.a.	189
12.2. (Segue) c) L'ipotesi ex art. 123, co. 3, c.p.a. e i poteri d'ufficio. L'autonoma rilevanza delle regole procedurali. Un evidente caso di giurisdizione oggettiva.	190
12.3. (Segue) d) La fase dell'irrogazione delle sanzioni assume i caratteri della giurisdizione oggettiva: mutamento della funzione e della struttura del processo.....	192
13. Il risarcimento del danno. Orientamenti sulla codificazione di una pregiudiziale di annullamento: unica, duplice o triplice?	194
14. Il massimo livello di effettività della tutela giurisdizionale: il subentro del ricorrente nel contratto d'appalto. Un'ipotesi di azione di adempimento.	196
Capitolo IV	201
Il nuovo rito "super-accelerato" e le modifiche introdotte al giudizio appalti dal d.lgs. n. 50 del 2016.	201
1. Premessa.	201
2. La ratio del considerando 122 della direttiva 2014/24/UE e il suo travisamento ad opera del legislatore italiano.	202
3. Il rito "superspeciale".....	206
3.1. Definizione dell'ambito oggettivo di applicazione del nuovo rito "superspeciale".	214
3.2. (Segue) Le peculiari caratteristiche dell'interesse a ricorrere nell'ipotesi di impugnazione del provvedimento di ammissione.	217
3.3. (Segue) Gli indirizzi interpretativi sulla compatibilità dell'onere di immediata impugnazione dell'atto di ammissione alla gara con le categorie giuridiche della giurisdizione soggettiva.	225
3.4. La legitimación procesal nell'ordinamento spagnolo.	235
4. L'incompatibilità comunitaria dell'art. 120, co. 2-bis e 6-bis, c.p.a.: l'ordinanza del Tar Piemonte n. 88 del 2018 di rimessione della questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.	238

<i>4.1. (Segue) Dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 120, co. 2-bis, primo e secondo periodo, c.p.a.: le ordinanze di rimessione della questione di incostituzionalità alla Consulta.</i>	244
<i>4.1.1. (Segue) Il contrasto con il principio di effettività sotto la lente della violazione del principio di ragionevolezza.</i>	250
<i>5. Ulteriori profili critici: il dies a quo di decorrenza del termine di decadenza per impugnare gli atti di ammissione-esclusione.</i>	257
<i>6. Disciplina processuale del nuovo rito "superspeciale".</i>	265
<i>7. La proposizione del ricorso per motivi aggiunti nel rito "superspeciale". La novella dell'art. 120, co. 7, c.p.a.</i>	268
<i>8. Le impugnazioni nel rito avverso gli atti di ammissione-esclusione.</i>	270
<i>9. Regime temporale di applicazione del nuovo rito "superspeciale".</i>	272
<i>10. Il rito applicabile all'impugnazione cumulativa dei provvedimenti di ammissione-esclusione e di aggiudicazione.</i>	275
<i>11. Limiti all'utilizzo del ricorso cumulativo nelle gare suddivise in lotti: il comma 11-bis dell'art. 120 c.p.a.</i>	278
<i>12. Nuovi limiti alla tutela cautelare. L'introduzione del comma 8-ter all'art. 120 c.p.a.</i>	281
<i>12.1. (Segue) Il parametro di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a.</i>	286
<i>12.2. (Segue) Dubbi sull'applicabilità del co. 8-ter dell'art. 120 c.p.a. al rito "superspeciale" avverso gli atti di ammissione-esclusione.</i>	291
<i>13. Dalle "raccomandazioni vincolanti" alla legittimazione processuale speciale dell'Anac.</i>	292
<i>14. Considerazioni conclusive.</i>	297
BIBLIOGRAFIA	307

INTRODUZIONE

1. Obiettivi della ricerca e considerazioni sul metodo dell'indagine.

Il presente lavoro si propone di analizzare la disciplina del rito speciale in materia di appalti pubblici onde indagare sulle ragioni della “specialità” e, dunque, sulle caratteristiche peculiari del giudizio *de quo* verificando se sia compatibile con i canoni del modello ordinario di processo amministrativo di natura soggettiva ovvero sia ascrivibile alla nuova categoria dei modelli processuali differenziati di matrice oggettiva.

Lo sforzo di inquadrare il rito in materia di appalti all'interno di un determinato modello processuale non si risolve in un mero esercizio ermeneutico, ma ha delle importanti ricadute pratiche, in quanto si tratta di un processo che per la rilevanza degli interessi pubblici e privati tutelati e per la sua funzione di “laboratorio processuale”, ove vengono sperimentate importanti innovazioni successivamente estese agli altri rami del processo amministrativo, incide notevolmente sull'evoluzione della nostra giustizia amministrativa.

Per verificare se il rito in esame sia compatibile o meno con il modello ordinario di processo amministrativo di natura soggettiva si è reso necessario, in via preliminare, individuare le caratteristiche precipue del processo *de quo* per poi compararle, di volta in volta, con quelle del modello ordinario, evidenziando le analogie e le differenze.

Il lavoro di ricerca prende le mosse dalle origini del contenzioso *in subiecta materia* proseguendo lungo un ipotetico tragitto che conduce sino ai giorni nostri, e per ogni intervento legislativo ci si interroga sulla vera ragione che ha spinto il legislatore italiano e comunitario ad adottare la relativa disposizione.

La scelta di estendere il campo d'indagine alla genesi del contenzioso *de quo* e, dunque, di far partire l'analisi interrogandosi sulle ragioni che hanno determinato l'adozione delle direttive ricorsi di prima generazione, consente una maggiore comprensione delle scelte di politica legislativa che si celano dietro gli interventi di natura comunitaria e quanto quest'ultimi abbiano influenzato la normativa italiana di recepimento. Difatti, lo studio della disciplina in esame si risolverebbe in una sterile trattazione dai contenuti prevalentemente descrittivi, qualora si esaurisse in una mera esposizione della normativa italiana *in subiecta materia*, senza vagliare la compatibilità delle disposizioni legislative considerate con i canoni del giusto processo, sulla base di almeno altri tre livelli: costituzionale, comunitario (le direttive ricorsi) ed internazionale (CEDU).

Ebbene, per giungere alla conclusione se il rito appalti sia ascrivibile o meno alla categoria dei modelli processuali di natura soggettiva è necessario condurre l'indagine secondo uno studio “multilivello”, dal momento che spesso le disposizioni processuali oggetto d'analisi, non raggiungendo un giusto punto di equilibrio tra le esigenze di celerità e di effettività della tutela,

sembrano collidere non solo con le caratteristiche del processo amministrativo ordinario ma, più in generale, con le disposizioni costituzionali, comunitarie ed internazionali in tema di giusto processo.

Ebbene, la lettura in chiave storico-evolutiva non solo del dato normativo, ma anche degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, con particolare riferimento alla giurisprudenza amministrativa, costituzionale e della Corte di Giustizia, unitamente alla ricerca, per ogni disposizione esaminata, delle ragioni che ne hanno determinato l'adozione, ha il pregio di comprendere appieno le peculiarità dell'attuale rito appalti, nonché i profili critici a cui la normativa si espone che risulterebbero, altrimenti, incomprensibili. Inoltre, la metodologia d'indagine prescelta consente di ricondurre a sistema i numerosi interventi legislativi che si sono avvicendati nel corso degli anni, rendendo maggiormente intellegibile la *ratio* delle modifiche legislative del 2016, riscoprendo la primazia di interessi e la riemersione di problematiche che sembravano ormai essere state consegnate al passato.

Appare evidente che la limitazione del campo visuale agli artt. 120 e ss. c.p.a. e successive modifiche non avrebbe permesso di comprendere la vera ragione dell'adozione dei recenti interventi normativi e, conseguentemente, che la logica prescelta dal legislatore italiano di considerare prevalenti determinati interessi pubblici non è nuova nella "storia" del rito appalti.

Ebbene, la scelta di assumere come base di partenza scientifica il dato normativo, vale a dire le principali innovazioni intervenute in materia e, dunque, di arricchire l'analisi con lo studio delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali relative alle tappe fondamentali dell'evoluzione normativa considerata, ha consentito di scoprire la vera *ratio* che ha determinato l'adozione delle disposizioni *de quibus*.

La ricerca delle ragioni della "specialità" delle regole processuali di quello che nel corso del tempo sarebbe diventato il rito in materia di appalti pubblici e il costante raffronto non solo con le caratteristiche precipue del modello ordinario di processo amministrativo, ma anche con le tendenze evolutive che hanno interessato la giustizia amministrativa, si sono rivelate necessarie per trarre importanti indicazioni sistematiche.

Si ribadisce, lo scopo dell'indagine consiste nel tentare di ricondurre a sistema le fondamentali innovazioni legislative intervenute sull'argomento per verificare se esiste un *fil rouge* che lega le prime disposizioni acceleratorie alle ultime modifiche apportate dal d.lgs. n. 50 del 2016.

Inoltre, l'approfondita analisi delle recenti modifiche normative, attraverso il costante esame di compatibilità non solo con le caratteristiche della giurisdizione di tipo soggettivo ma, più in generale, con i canoni del giusto processo, ha generato anche un interessante dibattito

sull'evoluzione delle categorie giuridiche tradizionali, quale tematica che travalica i labili confini del processo *de quo* ed involge tutta la giustizia amministrativa.

In definitiva, la lettura in chiave critico-evolutiva delle disposizioni considerate e il continuo raffronto tra normativa italiana e comunitaria, unitamente allo studio delle relative elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali, hanno consentito di giungere ai risultati scientifici sintetizzati nelle considerazioni conclusive.

2. Piano dell'indagine ed ulteriori indicazioni metodologiche.

Il lavoro di tesi si articola in quattro Capitoli.

Nella prima parte della ricerca si indaga sulle ragioni dell'adozione delle direttive ricorsi di prima e seconda generazione, sintetizzabili nella garanzia dei principi di effettività della tutela giurisdizionale e dell'effettività della normativa comunitaria. Si chiarisce il rapporto esistente tra i detti principi, essenziale per la comprensione di quello esistente tra l'effettività della tutela giurisdizionale e la tutela dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza, dapprima nell'ambito delle direttive ricorsi e, successivamente, nella normativa nazionale di recepimento (art. 121 e ss. c.p.a.).

Fondamentale è lo studio dello "sviluppo garantistico" del principio di effettività della tutela giurisdizionale che, anche grazie all'opera meritoria della giurisprudenza della Corte di Giustizia, assurge a principio-diritto fondamentale *ex art. 47* della Carta di Nizza. Ebbene, con le direttive ricorsi di prima generazione si pongono le basi per la costruzione di un diritto processuale amministrativo europeo e si impone agli Stati membri di prevedere ricorsi rapidi ed efficaci per reagire alle violazioni della normativa comunitaria e nazionale di recepimento garantendo, al contempo, l'effettiva applicazione della normativa sostanziale ed una tutela piena ed effettiva all'impresa-ricorrente.

Il *deficit* in termini di effettività della tutela giurisdizionale si pone tra le ragioni che hanno determinato la revisione delle primigenie direttive ricorsi e l'adozione della direttiva 2007/66/CE, che imponeva agli Stati membri di potenziare i meccanismi di tutela *pre-contrattuali* (si pensi alle clausole di *standstill period* sostanziale e processuale) e *post-contrattuali* (la privazione degli effetti del contratto eventualmente stipulato). Pertanto, la direttiva 2007/66/CE produce un innalzamento dello *standard* di tutela previsto in ciascuno Stato membro dell'Unione Europea.

Lo studio delle disposizioni delle direttive ricorsi è fondamentale, dal momento che esse fungono da paradigma in ordine al livello minimo di tutela che deve essere garantito agli operatori economici dei vari Paesi membri dell'UE.

Nella seconda parte si analizzano le prime disposizioni acceleratorie introdotte dal legislatore italiano nel settore dei contratti pubblici, evidenziando le ragioni dell'adozione, le caratteristiche generali ed i profili critici a cui esse si espongono. L'analisi è importante perché si individuano le principali peculiarità su cui si basa il giudizio *de quo*: l'iper-accelerazione dei termini processuali e la concentrazione della fase cautelare con quella di merito. Si tratta di tematiche su cui si è anche pronunciata la Consulta, il cui intervento è stato determinato dal timore, manifestato dalla parte rimettente, che la suddetta normativa potesse comportare una limitazione dell'esercizio del diritto di azione e di difesa, nonché violare il principio di indefettibilità della tutela cautelare. Indagando sulle ragioni che hanno condotto all'adozione di tali norme acceleratorie, tra le quali la necessità di assicurare il rapido sviluppo delle attività economiche, si individuano interessi e problematiche tornate *in auge* con le recenti modifiche in tema di contenzioso *ex art. 204 d.lgs. n. 50 del 2016*.

Lo studio delle prime disposizioni acceleratorie affrontato nel Capitolo II è, inoltre, importante per comprendere il percorso evolutivo che ha interessato il rito in materia di appalti pubblici, che, partendo da interventi legislativi sporadici volti a favorire lo "sblocco" e lo sviluppo delle attività economiche si è, nel corso degli anni, trasformato in un rito abbreviato con regole autonome rispetto al processo ordinario. Tuttavia, la creazione di un vero e proprio rito speciale con regole autonome che ne hanno segnato il definitivo distacco dal rito abbreviato *ex art. 23-bis, L. Tar*, nonché dal processo ordinario, decretando la nascita di un "microsistema processuale" non corrispondente ad alcuno schema processuale vigente e preesistente si verifica con l'entrata in vigore del *d.lgs. n. 53 del 2010*.

Nella terza parte si esaminano l'art. 44 della l. n. 88 del 2009 e, dunque, il *d.lgs. n. 53 del 2010* con cui è stata recepita nell'ordinamento italiano la direttiva 2007/66/CE. Ebbene, dopo la trasposizione delle modifiche introdotte dal *d.lgs. n. 53 del 2010* agli artt. 245 e ss. *d.lgs. n. 163 del 2006* (vecchio Codice dei contratti pubblici) negli artt. 120 e ss. *c.p.a.*, attraverso una comparazione tra vecchia e nuova disciplina, si verifica se tale trasposizione abbia ridotto i tratti di autonomia ed "eccentricità" che caratterizzavano la normativa *ex d.lgs. n. 53 del 2010*, creando un unico modello di tutela dinanzi al g.a. (in ossequio all'art. 44, co. 2, lett. c), l. n. 69 del 2009 che imponeva la "revisione e razionalizzazione dei riti speciali"). In altri termini, si tenta di rispondere alla domanda se il rito speciale in materia di appalti sia compatibile con il modello di processo amministrativo di natura soggettiva accolto dal *c.p.a.*, ovvero costituisca un microsistema processuale con regole proprie. Per fornire una risposta a questa essenziale domanda, oltre a comparare vecchia e nuova disciplina, si tiene conto degli interventi legislativi intervenuti dal 2010 in poi, con particolare riferimento alle riforme del 2014 e del 2016, che sembrano per alcuni versi collimare con la *ratio* del *d.lgs. n. 53*

del 2010, relativamente alla creazione di un microsistema processuale accelerato con regole autonome.

L'indagine prosegue con l'esame dei poteri cognitori attribuiti al g.a. che si estendono anche alla dichiarazione di inefficacia del contratto per "gravi violazioni" e per "violazioni ordinarie", nonché alle sanzioni alternative. Successivamente si analizzano i poteri decisorii ex art. 121 e 122 c.p.a. che si estrinsecano nell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione con conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto e possono comportare la completa soddisfazione dell'interesse legittimo pretensivo dell'impresa ricorrente, potendosi spingere sino all'adozione di una sentenza di condanna della stazione appaltante ad un *facere* specifico, *id est* il subentro del ricorrente nel contratto d'appalto in sostituzione dell'originario aggiudicatario (azione di adempimento secondo i più codificata all'art. 124 c.p.a.). Il giudice ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a. è chiamato a bilanciare interessi in gioco tra loro eterogenei, scegliendo tra la dichiarazione di inefficacia del contratto e la sua conservazione sulla base di quello che può essere definito un criterio-guida, quale l'inefficacia funzionale al subentro. Difatti, la dichiarazione di inefficacia deve risultare utile, possibile e desiderata dal ricorrente titolare della situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo pretensivo il cui interesse al bene della vita all'aggiudicazione dell'appalto risulta soddisfatto qualora vi sia coincidenza tra la tutela dell'interesse pubblico alla concorrenza e l'interesse strumentale alla ripetizione della gara (art. 121, co. 1, lett. a) e b), c.p.a.), ovvero l'interesse sostanziale all'ottenimento dell'aggiudicazione (art. 121, co. 1, lett. c) e d), c.p.a.).

Proprio la maggiore ampiezza dei poteri cognitori e decisorii attribuiti al giudice *in subiecta materia*, più pregnanti rispetto a quelli di cui normalmente gode nell'ambito della giurisdizione esclusiva, ha determinato in dottrina un intenso dibattito sulla possibile introduzione di una celata giurisdizione di merito. Dopo aver passato in rassegna i principali indirizzi interpretativi sorti sull'argomento si riflette sul possibile superamento dei *tria genera jurisdictionis*, quale problema che involge tutto il processo amministrativo.

Successivamente, accanto all'entusiasmo per il raggiungimento in materia di quella conoscenza del rapporto di cui si discute da tempo che consente un sindacato a tutto tondo sugli interessi che si agitano nel concreto della fattispecie, si esaminano i punti su cui si è maggiormente concentrato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale riguardo alla riconducibilità del rito speciale appalti ai canoni del modello processuale di natura soggettiva. Difatti, proprio i dubbi sorti sulla latitudine dei poteri esercitabili dal g.a. ex art. 121 e 122 c.p.a. inducono a riflettere sul modello processuale in cui catalogare il rito appalti. Si pensi, ad esempio, alla disputa sorta sulla possibilità del g.a. di dichiarare d'ufficio l'inefficacia del contratto, derogando al principio dispositivo che è alla base del giudizio amministrativo di natura soggettiva, ovvero all'irrogazione di sanzioni alternative.

Dopo aver analizzato i molteplici indirizzi dottrinali e giurisprudenziali, nonché le sentenze dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 4 e 5 del 2015, si giunge alla conclusione che il rito *de quo* corrisponde ad un modello processuale ibrido, prevalentemente di natura soggettiva, ma con "aperture parziali" di diritto oggettivo, tuttavia compatibile con il dettato costituzionale e comunitario, in quanto non compromette ingiustamente la tutela giurisdizionale.

Nella quarta ed ultima parte della ricerca si riflette sul cambio di prospettiva operato con il d.lgs. n. 50 del 2016 che valorizza, più di quanto non fosse avvenuto in passato, la funzione "pro-concorrenziale" delle regole di evidenza pubblica. Ci si sofferma, in particolare, sull'art. 204 d.lgs. cit. che interviene ad integrare e modificare sensibilmente l'art. 120 c.p.a., estremizzando le aperture oggettivistiche già presenti nella disciplina del rito appalti, rimettendo altresì in discussione le categorie giuridiche classiche del diritto processuale amministrativo.

Lo studio delle modifiche apportate dal detto art. 204 - che, tra le altre cose, introduce in materia un nuovo rito "super-speciale" e innova, in generale, il giudizio *in subiecta materia*, prevedendo, ad esempio, un parametro di giudizio che il g.a. deve seguire nell'esercizio del potere cautelare - offre l'occasione per riflettere sulla compatibilità delle innovazioni medesime con le categorie giuridiche tradizionali e, a seconda della tesi accolta, se il modello processuale sia di natura soggettiva od oggettiva.

Il dibattito è ingenerato dall'ampliamento della legittimazione ad agire, dell'interesse a ricorrere, dell'interesse al bene della vita, degli interessi giuridicamente rilevanti che presentano tratti differenziali rispetto alle categorie giuridiche del modello processuale ordinario. La questione è di una tale rilevanza che tra la giurisprudenza fautrice della tesi secondo cui tali innovazioni determinano una trasfigurazione delle categorie giuridiche tradizionali con conseguente sconfinamento in una giurisdizione di tipo oggettivo, che limita fortemente la tutela giurisdizionale, si segnalano tre importanti ordinanze di rimessione della questione di legittimità costituzionale e compatibilità comunitaria dell'art. 120, co. 2-*bis*, 6-*bis*, c.p.a., rispettivamente, dinanzi alla Corte costituzionale italiana e alla Corte di Giustizia dell'UE.

In definitiva, dopo aver analizzato nello specifico tutte le innovazioni apportate dall'art. 204 d.lgs. n. 50 del 2016, considerando anche i parametri costituzionale, comunitario ed internazionale, si tenta di inquadrare il rito appalti in un determinato modello processuale e si prova ad individuare la vera ragione che si cela dietro una riforma che, strumentalizzando e travisando la *ratio* del considerando 122 della direttiva 2014/24/UE, sembra far riemergere la primazia dell'interesse pubblico di natura economica della p.a. e limitare irragionevolmente la tutela giurisdizionale.

Capitolo I

Lo *standard* di tutela garantito al ricorrente dalle “direttive ricorsi” di prima e seconda generazione.

1. Dalla concezione contabilistica alla funzione pro-concorrenziale della normativa sull'evidenza pubblica.

La disciplina del rito speciale in materia di appalti pubblici è il risultato di un complesso ordito normativo originato da una pluralità di fonti di matrice comunitaria e nazionale di recepimento che si sono susseguite nel corso del tempo. Per comprendere appieno la *ratio* della normativa in esame, nonché verificare se le peculiarità che connotano il rito appalti siano compatibili con il modello ordinario di processo amministrativo avente natura soggettiva¹, è necessario soffermarsi brevemente sull'origine del contenzioso *de quo* e, dunque, ricercare le ragioni che hanno spinto il legislatore comunitario a dettare norme processuali in materia.

Più precisamente, il diritto comunitario interviene sul settore dei contratti pubblici agendo preliminarmente sulla disciplina sostanziale, consentendo l'ingresso di nuovi valori, nonché la tutela di nuovi interessi, tesi a realizzare il mito del mercato unico europeo. Tuttavia, prima dell'intervento comunitario nelle primigenie leggi di contabilità di Stato, che contenevano la disciplina delle procedure ad evidenza pubblica, emergeva la prevalenza della protezione dell'interesse pubblico di natura patrimoniale della stazione appaltante ad ottenere la migliore qualità al minor prezzo². Difatti, la *ratio* della normativa sull'evidenza pubblica consisteva nel raggiungimento del massimo risultato con il minor dispendio di risorse finanziarie, che si traduceva nella selezione del contraente che assicurasse le migliori prestazioni alle condizioni economiche più vantaggiose per la p.a.

Pertanto, essendo prevalente l'interesse pubblico di natura finanziaria della stazione appaltante al contenimento della spesa pubblica per “il miglior utilizzo del denaro della collettività”³, di

¹ Cfr. sul punto F.G. SCOCA, *Il modello processuale*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2017, 151 ss., il quale - dopo aver chiarito la differenza tra processo di diritto oggettivo, inteso come “giudizio inerente alla semplice applicazione della legge nel caso concreto” e processo di diritto soggettivo, che mira a garantire “*tutela alle situazioni giuridiche soggettive* coinvolte nella controversia” - afferma che “il processo amministrativo, in conformità all'art. 24, comma 1, della Costituzione, risponde all'archetipo del *processo di diritto soggettivo*, in quanto è finalizzato alla tutela delle situazioni soggettive che il cittadino vanta nei confronti della pubblica amministrazione: in linea generale alla tutela degli *interessi legittimi*; in ‘particolari materie indicate dalla legge, anche dei *diritti soggettivi*’ (art. 103, comma 1, Cost.)”.

² Prima dell'intervento del legislatore comunitario, la legislazione sull'evidenza pubblica era contenuta nella legge di contabilità di Stato, ossia il R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, e nel suo regolamento di attuazione, R.D. 23 maggio 1924, n. 827.

³ Si tratta della c.d. concezione contabilistica che influenzava la *ratio* della normativa sull'evidenza pubblica. Cfr. sul punto R. CAPONIGRO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, in www.giustamm.it

conseguenza, la procedura di gara, anche se doveva necessariamente svolgersi nel rispetto dei principi di legalità, imparzialità, buon andamento dell'azione amministrativa e della concorrenza⁴ tra i partecipanti alla competizione, era funzionale al raggiungimento del miglior risultato per l'amministrazione, rimanendo sullo sfondo la protezione degli interessi pretensivi dei concorrenti⁵. In altri termini, la procedura di gara risultava finalizzata alla scelta del "giusto" contraente per la stazione appaltante⁶ e non anche alla tutela degli interessi di cui erano portatori i partecipanti alla gara, che risultavano subordinati rispetto al prevalente interesse pubblico di natura patrimoniale perseguito dall'amministrazione.

Pertanto, la violazione delle regole poste a presidio della legittimità delle procedure di gara poteva essere fatta valere solo dal soggetto pubblico, dal momento che la gara era preordinata, in via principale, al raggiungimento del miglior risultato per l'amministrazione medesima⁷. Difatti, l'interesse del concorrente a partecipare alla competizione nel rispetto del principio della libertà di concorrenza in condizioni di parità e trasparenza per ottenere la soddisfazione dell'interesse al bene della vita da lui anelato, coincidente con l'aggiudicazione dell'appalto, godeva di una tutela indiretta, subordinata a quella dell'interesse pubblico finanziario perseguito dalla p.a.⁸

Lo scenario cambia quando il legislatore comunitario, prendendo contezza del rilevante peso economico ricoperto dal settore degli appalti pubblici nell'ordinamento giuridico di ciascun Paese membro dell'allora Comunità economica europea⁹, decide di intervenire con lo strumento della direttiva al fine di uniformare e coordinare le diverse normative nazionali sulle procedure di scelta

⁴ Tuttavia, come avverte M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 297 ss., il significato che assumeva la «messa in concorrenza» nelle prime leggi di contabilità di Stato «era totalmente diverso rispetto a quello che sarebbe stato proprio delle norme di diritto comunitario poi recepite dagli Stati membri».

⁵ Cfr. più ampiamente E. FOLLIERI, *La prospettiva amministrativistica sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Foro amm.- Tar*, 2004, 2761; ID., *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1069, il quale specifica che la gara doveva comunque svolgersi nel rispetto dei principi «volti a salvaguardare l'imparzialità e il buon andamento dell'azione amministrativa, che non poteva favorire un imprenditore a discapito degli altri operatori economici», tuttavia, ciò non escludeva la prevalenza dell'interesse pubblico di natura economica dell'amministrazione al raggiungimento della migliore qualità con il minor dispendio possibile di risorse finanziarie.

⁶ Cfr. ancora R. CAPONIGRO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, *op. cit.*

⁷ Ergo alla soddisfazione dell'interesse di cui è portatrice l'amministrazione.

⁸ Si tratta, difatti, come afferma M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, *op. cit.*, 298, di un interesse «talmente pubblico che il mancato rispetto della concorrenza non può esser fatto valere dai privati». Agli inizi del Novecento già S. ROMANO, *Diritto amministrativo*, Milano, 1901, 533, rilevava che le regole poste a presidio della legittimità delle procedure ad evidenza pubblica «sono in genere stabilite nell'interesse dell'amministrazione e il cui difetto quindi non può essere opposto dal privato». Di poi, come segnala D'Alberti, anche le leggi di contabilità di Stato dei primi anni venti del Novecento tutelavano l'interesse finanziario della pubblica amministrazione, per cui le regole sull'evidenza pubblica erano orientate prevalentemente a garantire il miglior risultato nell'interesse del soggetto pubblico.

⁹ Come riferisce E. FOLLIERI, *La prospettiva amministrativistica sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, *op. cit.*, 2761; ID., *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, *op. cit.*, 1069, gli appalti pubblici rappresentavano il 12 % del P.I.L. di ogni Stato membro.

del contraente¹⁰. Lo scopo consisteva nel dare attuazione ai valori propri del mercato comune europeo agendo su un settore che, com'è noto, produceva un impatto economico notevole sul sistema.

Per comprendere in cosa consistono tali valori occorre preliminarmente chiedersi: cosa significa mercato comune europeo? Con questa espressione s'intende assicurare la libera circolazione, in tutti gli Stati membri della Comunità europea, delle merci, servizi, lavoro, professioni, mentre nell'ambito commerciale ed industriale significa libera concorrenza fra le imprese di tutti i Paesi appartenenti alla Comunità. La libera concorrenza si realizza attraverso l'eliminazione di atteggiamenti protezionistici nei confronti degli operatori economici nazionali, in modo da favorire l'apertura del mercato degli appalti pubblici a tutte le imprese comunitarie¹¹, nel rispetto dei principi di parità e trasparenza. Dunque, il mercato unico europeo è realizzabile, per quel che qui interessa, attraverso la garanzia della libera concorrenza tra tutte le imprese comunitarie, che, a sua volta, impone il rispetto dei principi della *par condicio competitorum* e della trasparenza. In altri termini, i valori propri del mercato comune europeo consistono nella realizzazione della libera concorrenza in condizioni di parità e trasparenza¹².

Per dare attuazione a tali obiettivi, il legislatore comunitario negli anni 70' del secolo scorso interviene sul settore degli appalti pubblici agendo preliminarmente sulla disciplina sostanziale delle gare d'appalto dettando disposizioni tese a neutralizzare le tendenze protezionistiche a favore delle imprese nazionali, ostative all'effettiva liberalizzazione del mercato europeo¹³. Pertanto, per rendere effettiva la concorrenza le direttive comunitarie degli anni 70' del Novecento erano finalizzate a coordinare ed uniformare le varie discipline nazionali, dettando disposizioni

¹⁰ Cfr. sul punto F. ASTONE, *Il diritto europeo dei contratti pubblici e la sua trasposizione nell'ordinamento interno*, Roma, 2010, 115 ss., il quale espone le motivazioni che hanno spinto il legislatore comunitario ad utilizzare lo strumento della direttiva per intervenire sul settore degli appalti pubblici: lo scopo è quello di armonizzare le legislazioni vigenti nei vari Stati membri, essendo tra loro fortemente diversificate ed eterogenee. Dunque, l'obiettivo del diritto comunitario consiste nell'assicurare "un determinato grado di uniformazione delle discipline nazionali tramite il recepimento negli ordinamenti destinatari dei principi e dei meccanismi procedurali di matrice CEE". È d'obbligo precisare che il legislatore comunitario intende garantire il coordinamento e non la sostituzione della normativa comunitaria con quella nazionale, anche se "l'elevato dettaglio della regolazione comunitaria, riduce sempre più gli spazi disponibili per una normativa nazionale di carattere specifico".

¹¹ Con l'espressione "imprese comunitarie" ci si riferisce alle imprese di tutti i Paesi membri che costituiscono la Comunità economica europea. È, dunque, una locuzione utilizzata per sintetizzare tale ultimo concetto. Cfr. sul punto I. FRANCO, *Il contenzioso in materia di gare per gli appalti pubblici di lavori e forniture alla luce della normativa comunitaria*, in *Foro amm.- Tar*, 1993, 1430.

¹² Cfr. più ampiamente I. FRANCO, *Il contenzioso in materia di gare per gli appalti pubblici di lavori e forniture alla luce della normativa comunitaria*, *op. cit.*, 1430 ss.

¹³ Chiarisce ancora F. ASTONE, *Il diritto europeo dei contratti pubblici e la sua trasposizione nell'ordinamento interno*, *op. cit.*, 35, che il notevole impatto economico prodotto dagli appalti pubblici sull'intero sistema fa comprendere perché il settore in esame rientra tra quelli definiti "strategici" per il processo di integrazione europea. Di conseguenza, per realizzare il mito del mercato comune europeo, il legislatore comunitario adotta una serie di direttive tese ad aprire il mercato degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria. "La liberalizzazione degli appalti pubblici rivestiva, infatti, la massima importanza, sia sotto il profilo economico generale, sia sotto il profilo più specifico della integrazione europea, nella prospettiva della creazione di un grande spazio economico".

preordinate al rispetto dei principi della trasparenza (obblighi di pubblicità per le procedure di affidamento di pubblici appalti) e di non discriminazione (ossia norme tese ad evitare atteggiamenti di privilegio per gli operatori economici nazionali partecipanti alle gare indette nel Paese europeo di appartenenza)¹⁴. Tuttavia, le direttive degli anni 70' dettavano una disciplina scarsa ed essenziale, l'ambito applicativo era limitato agli appalti di forniture e di lavori e, inoltre, avevano ricevuto scarsa applicazione, continuando a prevalere tendenze protezionistiche a favore delle imprese nazionali.

Pertanto, il legislatore comunitario negli anni 80' e 90' decide di porre rimedio alle carenze riscontrate nelle precedenti direttive provvedendo alla loro modifica¹⁵. L'intervento comunitario era teso, principalmente, a dettare disposizioni più analitiche per le procedure aventi ad oggetto l'aggiudicazione di appalti di forniture e lavori, rendendo le gare maggiormente rispettose del principio di trasparenza; ad estendere la normativa anche al settore dei servizi; a regolamentare i cc.dd. "settori speciali"; ed, infine, ad ovviare all'assenza di disposizioni processuali¹⁶.

¹⁴ La predisposizione da parte del legislatore comunitario di una legislazione tesa ad imporre agli Stati membri obblighi di pubblicità dei bandi di gara, nonché a favorire l'aggiudicazione dell'appalto anche alle imprese straniere, nel rispetto dei principi della *par condicio* e della trasparenza, avviene progressivamente. Difatti, i primi interventi comunitari, si pensi alla direttiva del 17 dicembre 1969 (70/32/CEE) della Commissione sugli appalti di forniture, si limitavano ad esplicitare i divieti stabiliti dal Trattato istitutivo (come il divieto di non discriminazione nazionale, la proibizione delle misure aventi effetto equivalente alle restrizioni quantitative all'importazione). Tuttavia, l'imposizione di meri divieti non consentiva di realizzare i principi di liberalizzazione del Trattato, in quanto continuavano a persistere le disparità tra le legislazioni nazionali. Pertanto, al fine di coordinare ed uniformare le legislazioni nazionali, il legislatore comunitario decise di adottare le direttive del Consiglio per gli appalti di lavori del 26 luglio 1971 (71/305/CEE) e di forniture del 21 dicembre 1976 (77/62/CEE), con le quali si imponeva agli Stati membri il rispetto di obblighi positivi. Quest'ultimi consistevano negli obblighi di assicurare che gli operatori economici partecipassero alle gare in regime di libera concorrenza e che ai bandi di gara fosse data adeguata pubblicità. Tuttavia, per le ragioni che sono state esposte nel testo della presente trattazione, negli anni 80' e 90' il legislatore comunitario interviene nuovamente, modificando le direttive degli anni 70', le quali, tra le altre cose, avevano ricevuto scarsa applicazione nei singoli ordinamenti nazionali. Per maggiori dettagli sull'argomento cfr. F. ASTONE, *Il diritto europeo dei contratti pubblici e la sua trasposizione nell'ordinamento interno*, op. cit., 37 ss.

¹⁵ Una decisiva spinta verso la modifica della legislazione precedente - e, dunque, l'inizio dell'intenso programma legislativo degli anni 80' e 90' - è determinata dall'adozione nel 1985 del «Libro bianco sul completamento del mercato interno» e poi, nel 1986, dell'«Atto Unico Europeo». Attraverso tali atti la materia degli appalti pubblici diventa un tema prioritario, infatti il «Libro bianco sul completamento del mercato interno» del 1985 evidenziava la scarsa applicazione delle direttive degli anni 70', poneva l'accento sulla necessità di accrescere la trasparenza dei procedimenti ad evidenza pubblica e raccomandava di estendere l'ambito applicativo anche al settore dei servizi. Pertanto, per ovviare alle carenze evidenziate nel predetto testo legislativo il legislatore comunitario adotta le successive direttive tese a modificare ed innovare quelle precedenti. Cfr. sul punto M.S. SABBATINI, *La direttiva 2007/66/CE sulle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici: la trasparenza è anche una questione di termini*, in *Dir. comm. int.*, 2008, 132-133. In altri termini, è grazie al Libro bianco del 1985 che il legislatore comunitario decide di intervenire nuovamente in materia per ovviare alle carenze riscontrate dall'applicazione delle direttive sostanziali degli anni 70' del Novecento. Difatti, afferma efficacemente F. ASTONE, *Il diritto europeo dei contratti pubblici e la sua trasposizione nell'ordinamento interno*, op. cit., 38, che «la creazione di un *corpus* legislativo completo è stata possibile soltanto nell'ambito della politica del mercato interno avviato con il Libro bianco del 1985. L'apertura degli appalti pubblici è infatti una delle priorità di questo testo, il cui contenuto è stato poi precisato da una comunicazione della Commissione del 19 giugno 1986».

¹⁶ Il legislatore comunitario con la direttiva 88/295/CEE modifica la precedente direttiva 77/62/CEE sugli appalti pubblici di forniture, mentre con la direttiva 89/440/CEE aggiorna la direttiva 71/305/CEE sugli appalti pubblici di lavori. Il quadro delle fonti comunitarie è stato successivamente completato con la regolamentazione dei settori ancora non contemplati (ossia i settori dei servizi e quelli speciali) attraverso l'adozione delle direttive 92/50/CEE sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi e 90/531/CEE che dettava disposizioni relative alla

Dunque, il diritto comunitario introduce negli ordinamenti degli Stati membri nuovi valori e muta il significato da attribuire al concetto di libera concorrenza tra tutti i partecipanti alla competizione¹⁷. I nuovi valori derivanti dalla legislazione comunitaria penetrano negli ordinamenti giuridici dei singoli Stati membri, i quali sono obbligati ad uniformare la disciplina nazionale sulle procedure di scelta del contraente a quella comunitaria, arricchendo, così, le procedure medesime di nuove finalità ed obiettivi scaturenti dal diritto sovranazionale¹⁸.

Difatti, se prima dell'intervento comunitario lo svolgimento della procedura competitiva in regime di concorrenza tra tutti i partecipanti alla gara era ritenuto lo strumento più efficace per assicurare la migliore spendita del denaro pubblico e, dunque, la massima partecipazione degli operatori economici alla competizione era funzionale alla soddisfazione dell'interesse finanziario del soggetto pubblico; a seguito dell'adozione delle direttive comunitarie la libertà di concorrenza assume un significato che trascende la singola gara, la quale diventa "uno specifico e temporaneo micromercato"¹⁹ finalizzata a consentire il libero dispiegarsi della concorrenza per il mercato europeo. In altri termini, la procedura di gara risulta funzionalizzata, in via principale, alla tutela del gioco concorrenziale in ambito europeo, dal momento che diventa prevalente la garanzia della

regolamentazione dei cc.dd. "settori speciali" (cc.dd. settori già esclusi, con cui si fa riferimento all'energia, all'acqua, trasporti, telecomunicazioni). Dal punto di vista processuale con le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE si prevedono procedure di ricorso, rispettivamente, per i settori ordinari e per quelli speciali (definiti, anche, settori già esclusi). Nel 1993 il legislatore comunitario codifica con le tre direttive 93/36/CEE (relativa alle forniture) 93/37/CEE (disciplinante gli appalti di lavori) 93/38/CEE (per i settori speciali o anche definiti settori già esclusi) i diversi testi relativi a ciascun settore. La *ratio* comune all'emanazione delle direttive settoriali consiste nell'assicurare la parità di trattamento tra le imprese nazionali e straniere, resa possibile da una concorrenza efficace. Tale ultimo principio è attuato dalle disposizioni contenute nei testi applicabili ai quattro settori: forniture, lavori, servizi e attività di servizio pubblico (corrispondenti ai settori speciali o anche definiti settori già esclusi). Cfr. in argomento F. ASTONE, *Il diritto europeo dei contratti pubblici e la sua trasposizione nell'ordinamento interno*, op. cit., 38 ss.; M.S. SABBATINI, *La direttiva 2007/66/CE sulle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici: la trasparenza è anche una questione di termini*, op. cit., 132 ss.

¹⁷ Cfr. sul punto M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 299, il quale afferma: "nell'evoluzione del diritto comunitario derivato, dagli anni Settanta del Novecento ad oggi, le procedure ad evidenza pubblica basate sul confronto competitivo tra imprese si sono arricchite di significati nuovi e di finalità ben più ampie". Difatti, spiega l'Autore, si è assistito ad un incremento delle garanzie di pubblicità e trasparenza, delle possibilità per gli operatori economici di partecipare alle gare, "si sono rafforzati i meccanismi volti ad evitare discriminazioni derivanti dalla richiesta di prescrizioni tecniche escludenti". Dunque, "quel che principalmente si tutela, con le procedure competitive, è la libera circolazione dei beni e dei servizi e il gioco concorrenziale in ambito europeo. In definitiva, la garanzia del mercato libero diviene prioritaria". Rileva ancora l'Autore che il nuovo significato acquisito dal termine "concorrenza" nella materia degli appalti pubblici produce equilibri altrettanto nuovi nel settore considerato. Difatti, le procedure ad evidenza pubblica risultano preordinate alla soddisfazione della libertà di concorrenza nel mercato europeo, più che alla tutela dell'interesse economico perseguito dalla stazione appaltante.

¹⁸ Cfr. la nota 20.

¹⁹ R. CAPONIGRO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, op. cit. Cfr. in senso analogo M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, Relazione al 61° Convegno di studi amministrativi su *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto all'corruzione*, Varenna 17-19 settembre 2015, in www.giustizia-amministrativa.it. Per maggiori dettagli su tali tematiche cfr. M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, Milano, 2001.

liberalizzazione del mercato, ossia dell'apertura dello stesso a tutte le imprese comunitarie nel rispetto della libertà di concorrenza in condizioni di parità e trasparenza²⁰.

Dunque, attraverso la tutela della concorrenza, quale nuovo interesse pubblico a cui è finalizzata la procedura di gara, si dovrebbe assicurare l'efficiente allocazione delle risorse sul mercato, pertanto, la libertà di concorrenza, così come concepita dal diritto comunitario, diventa un valore prevalente che si impone negli ordinamenti dei Paesi membri in maniera vigorosa a causa dell'intima correlazione con la tutela del mercato²¹.

Le procedure ad evidenza pubblica si arricchiscono di obiettivi più ampi, difatti, non sono più finalizzate alla selezione del migliore contraente dal punto di vista quantitativo e qualitativo nel solo interesse finanziario della stazione appaltante, ma alla tutela della concorrenza per il mercato. La stazione appaltante non utilizza più la procedura competitiva per realizzare fini propri, ma diventa garante del corretto svolgimento della stessa per la realizzazione di fini ulteriori provenienti dall'ordinamento comunitario, coincidenti con la tutela della concorrenza per il mercato europeo. Dunque, se la stazione appaltante è un soggetto che opera nel mercato come garante del suo corretto funzionamento, le regole dell'evidenza pubblica non sono solo poste nell'interesse finanziario del soggetto pubblico, ma anche nell'interesse delle imprese che partecipano alla gara, essendo quest'ultima finalizzata ad assicurare la libertà di concorrenza nel senso anzidetto²².

In tal modo, si supera la vecchia concezione contabilistica in favore di una visione pro-concorrenziale delle regole dettate per le procedure ad evidenza pubblica²³. Le procedure di gara oltre ad essere preordinate alla tutela dell'interesse pubblico di natura patrimoniale della p.a. ad ottenere la migliore qualità al minor prezzo, sono finalizzate alla tutela della libertà di concorrenza per il mercato europeo. Pertanto, la normativa comunitaria e nazionale di recepimento detta regole

²⁰ Cfr. ancora M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 298 ss.

²¹ Cfr. più ampiamente R. CAPONIGRO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, op. cit.

²² Cfr. ancora sul punto R. CAPONIGRO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, op. cit., il quale chiarisce che anche la stazione appaltante è sottoposta alle regole del mercato, in quanto soggetto che opera all'interno dello stesso, pertanto, "le regole dell'evidenza pubblica non sono più soltanto funzionali a garantire il buon andamento" e l'imparzialità della p.a. ex art. 97 Cost., nonché "ad ottenere le migliori condizioni ed il più affidabile contraente, ma sono anche finalizzate alla tutela della concorrenza per il mercato", cosicché gli interessi delle imprese sono tutelati in maniera equivalente rispetto all'interesse pubblico di natura finanziaria perseguito dalla p.a., considerato prevalente prima dell'intervento comunitario.

²³ Tale concetto è ben spiegato da Corte Cost., 23 novembre 2007, n. 401, la quale afferma che la tutela della concorrenza "si concretizza, in primo luogo, nell'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi. Si tratta di assicurare l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza". Dopo aver chiarito cosa s'intenda per tutela della concorrenza, la Consulta afferma che proprio la penetrazione di tali principi comunitari negli ordinamenti degli Stati membri e, dunque, l'esigenza di uniformare la normativa interna sulla disciplina del procedimento di scelta del contraente a quella comunitaria "ha determinato il definitivo superamento della cosiddetta concezione contabilistica, che qualificava tale normativa interna come posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale".

poste sia nell'interesse dell'amministrazione, che nell'interesse delle imprese concorrenti. Gli interessi degli operatori economici alla parità di trattamento, alla trasparenza, alla corretta competizione sono considerati interessi pubblici, tutelati dalle norme in via primaria, allo stesso modo dell'interesse pubblico di natura finanziaria perseguito dall'amministrazione.

Com'è stato autorevolmente osservato²⁴, la situazione che si viene a creare è davvero peculiare, poiché normalmente è il soggetto titolare del potere ad essere portatore di un interesse pubblico e non il destinatario del potere medesimo. Invece, nel caso di specie, non solo la stazione appaltante persegue un interesse pubblico, ma anche i partecipanti alla gara sono portatori di interessi che assurgono al rango di interessi pubblici perché tutelati in via primaria dalle norme²⁵. Si ha, dunque, una pubblicizzazione degli interessi che fanno capo ai concorrenti che si pongono in una posizione di equiordinazione e non più di subordinazione rispetto a quello di natura patrimoniale perseguito dal soggetto pubblico.

Pertanto, l'interesse di natura pretensiva del partecipante alla gara all'aggiudicazione dell'appalto "si colora di forti connotazioni pubblicistiche per la tutela normativa dell'iniziativa economica nel rispetto dei principi del mercato"²⁶.

Ma vi è di più. La liberalizzazione del mercato degli appalti pubblici non solo consente di tutelare gli interessi dei partecipanti alla gara, dal momento che la concorrenza effettiva riduce il rischio di discriminazioni a discapito delle imprese straniere; ma una concorrenza efficace soddisfa anche l'interesse finanziario dell'amministrazione alla scelta del migliore contraente con il minore dispendio di risorse economiche. Difatti, la massima partecipazione delle imprese alle gare d'appalto in regime di concorrenza aumenta notevolmente il numero di offerte che saranno presentate, pertanto, alla stazione appaltante sarà consentito, avendo ampia scelta, di selezionare l'offerta che ritiene più vantaggiosa dal punto di vista qualitativo e quantitativo. In altri termini, "la concorrenza effettiva contiene i prezzi e incentiva la qualità, essendo idonea a premiare non solo il contraente meno esigente, ma il contraente «giusto»"²⁷.

²⁴ Cfr. E. FOLLIERI, *La prospettiva amministrativistica sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, op. cit., 2761; ID., *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, op. cit., 1070.

²⁵ È un concetto che tornerà utile allorché si tratterà delle innovazioni apportate dalla direttiva ricorsi di seconda generazione (2007/66/CE). Per maggiori dettagli cfr. *infra* parr. 5 e ss.

²⁶ E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, op. cit., 1071.

²⁷ M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 310. E ancora sul punto R. CAPONIGRO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, op. cit., il quale riferisce che la "compresenza della duplice esigenza volta alla tutela della concorrenza tra le imprese ed al buon uso del denaro della collettività è stata chiaramente delineata dalla giurisprudenza europea". Quest'ultima, dopo aver chiarito che la *ratio* della normativa comunitaria consiste nell'assicurare la libertà di concorrenza, intesa come la massima partecipazione delle imprese alle gare d'appalto, aggiunge che l'apertura del mercato degli appalti pubblici alla concorrenza non è solo funzionale alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi, ma è posta anche nell'interesse economico della stazione appaltante. Difatti, l'amministrazione aggiudicatrice "disporrà di un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e più rispondente ai

2. Le ragioni dell'adozione delle direttive ricorsi di prima generazione 89/665/CEE e 92/13/CEE:

a) La garanzia dell'effettività del diritto comunitario.

Le direttive comunitarie sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici non contenevano alcuna disposizione processuale²⁸. Pertanto, il legislatore comunitario adotta le direttive ricorsi di prima generazione 89/665/CEE (per i settori ordinari) e 92/13/CEE (per i settori speciali) allo scopo di armonizzare anche la disciplina processuale in *subiecta materia*, consapevole che per assicurare l'effettività della normativa comunitaria (c.d. effetto utile del diritto comunitario) fosse necessario affiancare alla disciplina sostanziale dettata per le gare pubbliche rimedi, giurisdizionali e non, tesi a garantire il rispetto integrale della normativa sostanziale²⁹. Difatti, i principi di trasparenza e di non discriminazione, finalizzati a realizzare la libera concorrenza nel mercato degli appalti pubblici, sarebbero rimasti lettera morta se non fossero stati previsti rimedi rapidi ed efficaci diretti a contrastare le violazioni del diritto comunitario e della normativa nazionale di recepimento³⁰.

In altri termini, i valori del mercato unico europeo non avrebbero potuto essere realizzati se alla disciplina sostanziale in materia di pubblici appalti non fosse stata correlata una normativa processuale che avrebbe permesso di garantire l'effettiva applicazione di quella sostanziale.

Dunque, l'assenza di rimedi efficaci e rapidi in tutti gli Stati membri della Comunità, o, comunque, l'ontologica diversità degli stessi, rendevano possibili atteggiamenti protezionistici nei confronti delle imprese nazionali che dissuadevano gli operatori economici stranieri dal partecipare alle gare d'appalto indette "nello Stato dell'autorità aggiudicatrice interessata"³¹, neutralizzando in concreto l'apertura del mercato degli appalti pubblici alla libera concorrenza³². In definitiva, mancavano gli

bisogni della collettività pubblica interessata". Per la giurisprudenza europea cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia, sez. IV, 23 dicembre 2009, Causa C-305/08, CoNISMa, punto 37.

²⁸ Dalle premesse della direttiva 89/665/CEE si ricavano le motivazioni che hanno spinto il legislatore comunitario ad introdurre disposizioni processuali in materia. In primo luogo, si parte dalla constatazione che le direttive degli anni 70' e 80' del Novecento sulle procedure di scelta del contraente non contenevano "disposizioni specifiche che permettano di garantirne l'effettiva applicazione". Ciò è quanto statuisce il I° considerando della direttiva in esame.

²⁹ Cfr. sul punto I. FRANCO, *Il contenzioso in materia di gare per gli appalti pubblici di lavori e forniture alla luce della normativa comunitaria*, op. cit., 1430 ss.

³⁰ Difatti la direttiva 89/665/CEE così dispone: "considerando che l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria rende necessario un aumento notevole delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione e che occorre, affinché essa sia seguita da effetti concreti, che esistano mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto".

³¹ Cfr. il IV° considerando della direttiva ricorsi 89/665/CEE.

³² Il legislatore comunitario nelle premesse della direttiva 89/665/CEE constata che i rimedi (all'epoca) esistenti, sia a livello nazionale che comunitario, non sempre permettevano "di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie, in particolare in una fase in cui le violazioni possono (potevano) ancora essere corrette". Inoltre, "l'assenza o l'insufficienza di mezzi di ricorso efficaci in vari Stati membri dissuade(va) le imprese comunitarie dal concorrere nello Stato dell'autorità aggiudicatrice interessata; che è pertanto necessario che gli Stati membri interessati pongano (ponessero) rimedio a tale situazione". Cfr. ancora sul punto I. FRANCO, *Il contenzioso in materia di gare per gli appalti pubblici di lavori e forniture alla luce della normativa comunitaria*, op. cit., 1431, il quale rileva che la preoccupazione espressa dal legislatore comunitario, secondo cui l'assenza di rimedi efficaci e rapidi nei Paesi membri scoraggia le imprese comunitarie a concorrere in uno Stato diverso da quello di appartenenza, è confermata dalla scarsa partecipazione di imprese straniere alle gare d'appalto indette in Italia. Pertanto, le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE perseguono lo scopo di eliminare gli ostacoli che non consentono di creare un mercato comune europeo aperto. Osserva, inoltre, G. MONTEDORO, *Verso il diritto comunitario europeo degli appalti: spunti di riflessione in tema di*

strumenti che garantissero il rispetto delle norme espressione dei principi di trasparenza e di non discriminazione tra tutti gli operatori economici partecipanti alla gara e, dunque, che rendessero effettiva la concorrenza.

Pertanto, il legislatore comunitario decide di intervenire³³ al fine di armonizzare anche la disciplina processuale in materia di appalti pubblici. Tale intervento risultava, inoltre, necessitato dalle evidenti differenze tra le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative dei vari Paesi membri³⁴ che compromettevano il corretto funzionamento del mercato comune europeo³⁵. In altri termini, i limiti all'autonomia processuale³⁶ degli Stati membri e, dunque, l'intervento del legislatore comunitario in ambito processuale, derivano dall'esigenza di garantire l'effettività delle norme del diritto europeo, che coincide con la capacità di una norma di essere concretamente osservata. L'effettività delle norme del diritto comunitario implica l'uniformazione dei diritti nazionali, in quanto la diversità dei meccanismi processuali vigenti nei vari Stati membri e l'inidoneità o l'assenza di rimedi rapidi ed efficaci in alcuni di essi pregiudicano il corretto

effettività della tutela, in *Foro amm.*, 1995, 2114 ss., che le direttive ricorsi di prima generazione garantiscono agli operatori economici che partecipano alle gare d'appalto uno *standard* minimo di strumenti di tutela giurisdizionale, al fine di incoraggiarli a concorrere nei Paesi membri diversi da quello di appartenenza in modo da favorire la *par condicio* tra tutte le imprese partecipanti e, dunque, il libero dispiegarsi della concorrenza. La previsione, in maniera uniforme in tutti gli Stati membri, di meccanismi processuali tesi a contrastare le violazioni della normativa comunitaria *in subiecta materia* persegue, come sarà chiarito meglio successivamente, la finalità di garantire il rispetto della normativa sostanziale in materia di appalti pubblici, ma, nello stesso tempo, consente all'operatore economico-ricorrente di ottenere la soddisfazione della pretesa fatta valere in giudizio, in virtù del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

³³ La base giuridica dell'intervento del legislatore comunitario nella materia *de qua* è costituita dall'art. 100 A del TCEE che contiene, secondo quanto affermato da G. GRECO, *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in materia di appalti di lavori pubblici*, in *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, a cura di G. GRECO, Milano, 1990, 22, "una sorta di norma in bianco sui poteri delle Comunità in tema di ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri, così intervenendo in un ambito di sovranità che si è sempre sostenuto non conculcabile e del tutto sottratto alle competenze comunitarie". Difatti, prima dell'adozione delle direttive ricorsi di prima generazione era pacifico in dottrina che la materia processuale fosse demandata ai singoli Stati membri, in quanto esorbitava dalle competenze attribuite alla Comunità economica europea. Tuttavia, come chiarito, il Consiglio della CEE, rilevato che "l'assenza o l'insufficienza" di rimedi giurisdizionali rapidi ed efficaci nei singoli ordinamenti dissuadeva le imprese comunitarie dal partecipare alle gare d'appalto indette in uno Stato diverso da quello di appartenenza, decide di intervenire per assicurare l'effettività della normativa comunitaria e della tutela giurisdizionale. Da ciò si evince l'innovatività delle direttive ricorsi non solo perché determinano un'importante erosione dell'autonomia processuale degli Stati membri, ma anche perché modificano i rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, decretando la prevalenza "del diritto comunitario anche sugli strumenti processuali interni che non si appalesino idonei a garantirne l'effettività". Cfr. sul punto F. D'OTTAVI, *Il contenzioso in materia di gare per gli appalti di opere pubbliche alla luce della normativa comunitaria*, in *Foro amm.*, 1992, 2444 ss.; G. MONTEDORO, *Verso il diritto comunitario europeo degli appalti: spunti di riflessione in tema di effettività della tutela*, *op. cit.*, 2114 ss.

³⁴ Difatti, la direttiva ricorsi del 1989 porta il seguente titolo: "direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori".

³⁵ Cfr. sul punto M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, 2017, 150.

³⁶ L'autonomia processuale indica l'autonoma determinazione delle regole processuali. Cfr. sul punto M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, *op. cit.*, 131 ss., la quale, in maniera analitica ed approfondita, chiarisce il significato da attribuire al principio di autonomia processuale degli Stati membri e lo mette in relazione con gli altri principi generali dell'Unione Europea, tra cui il principio dell'effetto utile del diritto comunitario e l'effettività della tutela giurisdizionale.

funzionamento del mercato unico europeo in tutti gli ordinamenti giuridici nazionali, vanificando l'apertura del mercato degli appalti pubblici a tutte le imprese comunitarie.

È evidente, in tal caso, il *vulnus* arrecato all'effettività delle norme del diritto europeo e ai suoi valori prevalenti³⁷. In definitiva, l'intervento del legislatore europeo in materia processuale è giustificato dall'esigenza di garantire l'effetto utile del diritto comunitario³⁸.

2.1. b) Lo sviluppo “garantistico” del principio di effettività della tutela giurisdizionale. La legittimazione dell'intervento comunitario in materia processuale.

Tuttavia, non è questa l'unica motivazione che spinge il legislatore comunitario a scalfire progressivamente il principio dell'autonomia processuale degli Stati membri, difatti, ad essa si aggiunge l'ambizione di creare un diritto processuale comune in materia di appalti pubblici che implica la possibilità di agire in giudizio (*rectius* l'azionabilità processuale) a seguito di lesioni subite dalle situazioni giuridiche soggettive di origine europea riconosciute sul piano sostanziale³⁹. È noto che se si armonizza ed uniforma la disciplina sostanziale nella materia in esame appare consequenziale uniformare anche quella processuale. In tal modo, non solo si consente l'effettiva applicazione della normativa sostanziale comunitaria, ma la previsione di rimedi rapidi ed efficaci in maniera uniforme in tutti gli Stati membri è anche funzionale a garantire una tutela piena ed effettiva delle situazioni giuridiche soggettive a base comunitaria. In altri termini, la predisposizione di una normativa processuale non risponde solo alla finalità di assicurare

³⁷ Che nel mercato degli appalti pubblici consistono, prevalentemente, nella tutela della concorrenza tra le imprese comunitarie in condizioni di parità e trasparenza.

³⁸ L'effetto utile del diritto comunitario implica l'uniforme interpretazione ed applicazione della normativa comunitaria ad opera degli Stati membri dell'Unione Europea in modo da consentire la piena esplicazione degli effetti e il completo raggiungimento degli scopi stabiliti dai Trattati. Cfr. sul punto M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, op. cit., 135 ss. Secondo quanto riferisce U. VILLANI, *Le norme*, in *Sud in Europa*, 2007, 14 ss., l'effetto utile del diritto comunitario implica che ogni norma “deve essere interpretata in modo da raggiungere nella maniera più efficace il proprio obiettivo”. Lo scopo principale perseguito dal Trattato consiste nel garantire la libera concorrenza tra tutte le imprese comunitarie e le direttive ricorsi cercano di raggiungere tale scopo predisponendo meccanismi processuali rapidi ed efficaci. Dunque, come sarà meglio chiarito nel prosieguo, l'effetto utile delle direttive in esame consiste nella garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale, il cui rispetto coincide con quello dell'effettività della normativa comunitaria. In altri termini, se si assicura al partecipante-ricorrente una tutela piena ed effettiva, contestualmente, si garantisce la più ampia partecipazione delle imprese alle gare d'appalto (assicurando, così, l'effettiva applicazione della normativa sostanziale in materia di appalti pubblici).

³⁹ Avverte M. RAMAJOLI, *Un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici?*, in *www.giustamm.it* e in *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, a cura di G. GRECO, Milano, 2012, 95-114, che la creazione di un diritto processuale comune in materia di appalti pubblici è un tema autonomo e distinto rispetto alla tendenza riscontrata da un paio di decenni volta ad uniformare gli strumenti di tutela nei confronti degli atti adottati dalla pubblica amministrazione nei vari Stati membri dell'Unione Europea, almeno per i Paesi dell'Europa continentale. Difatti, “il sistema di giustizia nella materia degli appalti appare fin dall'origine molto diverso dai sistemi ordinari di giustizia nei confronti dell'amministrazione e si sviluppa secondo logiche proprie, che solo tangenzialmente incrociano i temi generali della giustizia amministrativa”. Dunque, trattandosi di due sistemi giuridici diversi, anche i passaggi logici che devono essere presi in considerazione per capire se esista un diritto processuale comune in materia di appalti sono diversi da quelli che riguardano la presunta uniformazione della disciplina processuale avverso gli atti adottati dalla p.a. in via generale.

l'effettività della normativa sostanziale europea, ma anche di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale attraverso la previsione di rimedi processuali efficaci idonei ad assicurare la piena soddisfazione dell'interesse al bene della vita che sottende la situazione giuridica soggettiva azionata.

L'armonizzazione della disciplina processuale ha lo scopo di attribuire ai soggetti interessati "diritti azionabili all'osservanza delle disposizioni normative"⁴⁰ e, dunque, di prevedere gli strumenti processuali idonei a soddisfare il bisogno di tutela sostanziale, ossia i rimedi in grado di contrastare efficacemente e rapidamente le violazioni della normativa comunitaria e nazionale di recepimento. La progressiva erosione dell'autonomia processuale degli Stati membri ad opera del diritto comunitario è addebitabile anche alla giurisprudenza della Corte di giustizia che, partendo nelle sue prime sentenze dal riconoscimento della generale azionabilità delle situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto europeo sul piano sostanziale⁴¹, ha contribuito allo "sviluppo garantistico del principio di effettività"⁴². Quest'ultimo da limite negativo⁴³ al principio di autonomia processuale si trasforma in garanzia positiva da rispettare al fine di assicurare una tutela

⁴⁰ M. RAMAJOLI, *Un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici?*, *op. cit.*, 95 ss., la quale osserva che la giurisprudenza della Corte di Giustizia già prima che diventassero operative le regole processuali dettate dalla direttiva 89/665/CEE aveva posto le basi per la costruzione di un diritto processuale comune in materia di appalti pubblici. Ciò avviene ad opera di due pronunce della Corte di Giustizia secondo cui già dalle direttive che dettavano la disciplina sostanziale in materia di pubblici appalti derivavano situazioni giuridiche soggettive "azionabili processualmente". Difatti, Corte di Giustizia, 20 settembre 1988, C-31/87, *Beentjes*, punto 42 e Id., 11 agosto 1995, C-433/93, *Commissione v. Germania*, punto 19, ritenevano che addirittura già le direttive sulle procedure di aggiudicazione in materia di lavori e forniture fossero attributive di "diritti ai singoli", dal momento che "le norme di partecipazione e di pubblicità delle direttive che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici hanno lo scopo di proteggere l'offerente dall'arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice" e, pertanto, non si può assicurare una tutela effettiva all'offerente qualora a quest'ultimo sia precluso "avvalersi di tali norme nei confronti dell'amministrazione e far valere eventualmente la loro violazione dinanzi ai giudici nazionali". A ciò si aggiunga quanto affermato da Corte di Giustizia, 11 agosto 1995, C-433/93, secondo cui l'esigenza di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva deriva dalle direttive sulle procedure di aggiudicazione, mentre la direttiva 89/665/CEE "si limita a rafforzare meccanismi esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario, per garantire l'effettiva applicazione delle direttive comunitarie in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere sanate". La giurisprudenza appena citata rappresenta il punto di partenza del riconoscimento dell'azionabilità processuale delle situazioni giuridiche soggettive su base sostanziale con cui si sono poste le basi per valorizzare il principio di effettività della tutela giurisdizionale e limitare in maniera sempre maggiore il principio di autonomia processuale degli Stati membri. Come sarà chiarito nel corso della trattazione, tutto ciò è avvenuto gradualmente e soprattutto attraverso l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Afferma, infatti, M. RAMAJOLI, *Un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici?*, *op. cit.*, 95 ss., che oggi appare quasi scontato che il legislatore comunitario intervenga anche in materia processuale, tuttavia, per raggiungere tale risultato "sono state necessarie tappe intermedie, realizzate dalla citata giurisprudenza, che hanno preso le mosse dal riconoscimento della generale azionabilità processuale delle situazioni giuridiche soggettive esistenti sul piano del diritto sostanziale europeo".

⁴¹ Cfr. nota precedente.

⁴² M. CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 506. Più di recente, per un'approfondita disamina sul principio di effettività della tutela giurisdizionale nel diritto dell'Unione Europea cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato*, Napoli, 2012.

⁴³ Più nello specifico, in un primo momento l'autonomia processuale degli Stati membri risultava quasi assoluta, con il solo limite del rispetto dei principi di equivalenza e di effettività della tutela giurisdizionale, elaborati a livello comunitario. In tal senso, il principio di effettività della tutela si poneva come un mero limite "negativo" all'autonomia processuale nazionale. Cfr. più ampiamente le note successive, in particolare la nota 46.

piena ed effettiva alle situazioni giuridiche soggettive attribuite ai singoli dalle norme derivanti dall'ordinamento comunitario.

Difatti, tra le ragioni⁴⁴ che hanno indotto il legislatore comunitario ad intervenire in materia processuale attraverso atti di armonizzazione rientra anche l'importanza attribuita al principio di effettività della tutela giurisdizionale attraverso l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia⁴⁵. È noto che la giurisprudenza del giudice europeo considerava inizialmente quasi intangibile l'autonomia processuale degli Stati membri, tant'è vero che, in assenza di una regolamentazione comunitaria della materia *de qua*, la disciplina processuale era interamente demandata ai singoli ordinamenti nazionali⁴⁶.

⁴⁴ Tali ragioni sono individuate da M. CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, *op. cit.*, 505 ss., in primo luogo, nella necessità di garantire l'effettività del diritto comunitario attraverso l'armonizzazione dei rimedi processuali nazionali, troppo diversi tra loro. Infatti, se non vi sono strumenti processuali armonizzati non possono essere garantiti diritti uniformi nella Comunità europea. Si tratta, come avverte l'Autore, del c.d. "effetto utile dell'effetto diretto", ovvero, "riconoscere l'effetto diretto di certe disposizioni comunitarie comporta che i diritti delle persone così fondati trovino forme di tutela giurisdizionale simile nei vari Stati membri". La seconda ragione, invece, "è che il principio di effettività della tutela non è più solo inteso come strumento di affermazione del diritto comunitario nei rispetti dei diritti nazionali, ma come aspetto fondamentale di garanzia per le situazioni dei singoli nei confronti degli atti sia delle amministrazioni nazionali che delle stesse istituzioni comunitarie". Si tratta, dunque, di uno "sviluppo garantistico del principio di effettività della tutela" che affonda le sue radici nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale prende coscienza della piena azionabilità processuale delle situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto europeo. L'Autore ritiene che tale sviluppo si avverta in modo nitido solo a partire da Corte di Giustizia, 9 novembre 1995, C-465/93, *Atlanta*, anche se, fin da Corte di Giustizia, 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend & Loos*, "l'ordinamento comunitario è stato configurato come composto anche dai singoli cittadini degli Stati membri, i quali divengono ad ogni effetto parte essenziale del sistema complessivo godendo in conseguenza anche di una piena tutela giurisdizionale anche nei rispetti degli atti delle istituzioni".

⁴⁵ In altri termini, la giurisprudenza della Corte di giustizia fornisce una nuova interpretazione del principio di effettività della tutela e ciò induce il legislatore comunitario ad intervenire in materia processuale attraverso atti di armonizzazione "con incursioni sempre maggiori nel territorio del diritto processuale nazionale". Ed è ciò che è avvenuto con l'emanazione delle direttive ricorsi di prima generazione. Cfr. sul punto M. CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, *op. cit.*, 503 ss.

⁴⁶ L'evoluzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia è esemplificativamente suddivisa da M. CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, *op. cit.*, 503 ss., in due fasi: il primo *step* è caratterizzato da un atteggiamento prudente della Corte enormemente rispettoso delle specificità nazionali con il solo limite del principio di equivalenza e di effettività della tutela giurisdizionale; nella seconda fase, invece, si assiste ad una valorizzazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale che spinge il legislatore comunitario ad intervenire maggiormente in materia processuale. Il cambio di prospettiva è determinato dall'emanazione di due importanti pronunce della Corte di Giustizia (per cui cfr. Corte di Giustizia, 15 maggio 1986, C-222/84, *Johnston*, e Id., 15 ottobre 1987, C-222/86, *Heylens*), che hanno incluso tra i principi generali di diritto comunitario, con un valore equidinato rispetto ai Trattati, il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo, che, in quanto principio, deve essere rispettato da tutti i Paesi costituenti la Comunità.

Dunque, a quest'ultimi spettava individuare l'organo giudiziario avente giurisdizione e disciplinare le modalità processuali⁴⁷, purché fossero stati rispettati i principi di equivalenza⁴⁸ e di effettività⁴⁹

⁴⁷ Il principio di autonomia processuale degli Stati membri implica, in linea generale, che l'organo giudiziario, purché sia indipendente, venga individuato dal singolo Stato membro, in quanto si tratta di un mero dato organizzativo. Allo stesso modo, spetta all'ordinamento nazionale disciplinare le modalità procedurali dei ricorsi. In maniera più dettagliata S. TARULLO, *Costituzione europea ed effettività della tutela giurisdizionale amministrativa*, in *www.giustamm.it*, chiarisce che il principio in esame demanda allo Stato membro “la facoltà di scegliere le concrete modalità tecnico-operative che andranno a caratterizzare i singoli processi all'interno degli Stati membri: il tipo di azione proponibile (dichiarativa, costitutiva o di condanna), il plesso giurisdizionale (ordinario o speciale, individuale o collegiale), il lasso di tempo entro il quale l'azione va promossa (decadenza, prescrizione), gli strumenti per portarla ad esecuzione (esecuzione in via giurisdizionale, amministrativa, etc.), il modello di pronuncia (sentenza, ordinanza, decreto), i mezzi di gravame”. Secondo M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, *op. cit.*, 135 ss., il contenuto del principio di autonomia processuale degli Stati membri si sostanzia nella “scelta autonoma dei mezzi finalizzati a garantire l'effettività del diritto dell'Unione europea” (come si legge in Corte di Giustizia, 4 aprile 1968, C-34/67, *Lüick*). Tuttavia, l'Autrice si pone un interrogativo, ossia si chiede se sussistano limiti all'autonomia processuale degli ordinamenti nazionali anche in assenza di atti di armonizzazione. In presenza di atti di armonizzazione, ed è il caso delle direttive ricorsi di prima e seconda generazione, i limiti provengono dalle direttive stesse, difatti le disposizioni nazionali sono una “mera esecuzione o completamento di quanto stabilito dalle norme di diritto UE”. Com'è noto, le direttive vincolano gli Stati membri nel risultato da raggiungere, ma lasciano libero spazio agli Stati medesimi in ordine a modi e mezzi per perseguire gli obiettivi previsti. Dunque, il principio di autonomia processuale in presenza di atti di armonizzazione “si riduce alla scelta della *forma* e dei *mezzi* da utilizzare”. Invece, in assenza di atti di armonizzazione, non è possibile un'attività di mera esecuzione da parte dell'ordinamento nazionale. Tuttavia, il principio in esame non è mai stato considerato intangibile, difatti, fin da epoca risalente, trovava dei limiti nei principi di equivalenza e di effettività della tutela. (Cfr. sul punto Corte di Giustizia, 14 dicembre 1995, C-312/95, *Peterbroeck*). Dunque, non essendoci atti di armonizzazione, teoricamente, il legislatore nazionale dovrebbe essere più libero riguardo alla predisposizione della normativa processuale, tuttavia, importanti limiti all'autonomia processuale degli Stati membri sussistono anche in questa ipotesi. Difatti, la Corte di Giustizia, 16 dicembre 1976, C-33/76, *Rewe*, (e in maniera analoga in varie pronunce successive), ha affermato che “in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare il giudice competente e stabilire le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta”. Dunque, spetta a ciascuno Stato membro individuare gli strumenti processuali più idonei a consentire l'effettività del diritto dell'Unione e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive protette a livello comunitario. Tuttavia, la Corte di Giustizia, aggiunge che le modalità procedurali stabilite dai singoli ordinamenti non possono “essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale” e né rendere eccessivamente difficile o praticamente impossibile l'esercizio dei diritti derivanti dall'ordinamento sovranazionale. In altri termini, se il legislatore nazionale è, in linea di principio, libero di decidere le modalità processuali attraverso cui garantire la tutela delle situazioni giuridiche soggettive su base comunitaria, i principi di equivalenza ed effettività della tutela rappresentano dei limiti da osservare. O meglio, afferma l'Autrice, “rappresentano un filtro rispetto all'applicazione delle norme processuali interne e consentono di valutare se la procedura nazionale, funzionale alla tutela del diritto riconosciuto dall'Unione europea *impedisca* o *limiti* l'esercizio del relativo diritto”. Dunque, l'autonomia processuale non è priva di limiti in caso di assenza di atti di armonizzazione, anzi, il principio di equivalenza e di effettività della tutela può talvolta spingersi addirittura ad incidere sull'autonoma scelta dei mezzi processuali adottati dal singolo Stato membro. Tant'è vero che S. CIVITARESE MATTEUCCI - G. GARDINI, *Il primato del diritto comunitario e l'autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1 ss., affermano: “attraverso il varco dell'effettività il sistema giudiziario europeo (...) interferisce con le fonti interne a contenuto processuale, entrando in quella sorta di santuario affidato alla competenza degli Stati membri, al punto che gli *standard* giurisdizionali di protezione risultano ormai definiti a livello europeo e, di qui, imposti a tutti gli Stati membri”. Dunque, in assenza di atti di armonizzazione l'uniformazione tra disciplina processuale nazionale ed europea avviene ad opera dei suddetti principi. In sintesi, l'ordinamento nazionale può decidere autonomamente le modalità processuali, ma deve sempre rispettare uno *standard* minimo di tutela imposto a livello europeo. Cfr. sul punto M. RAMAJOLI, *Un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici?*, *op. cit.*, 95 ss.

⁴⁸ Il principio di equivalenza implica che i rimedi nazionali previsti per la tutela delle situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto comunitario non siano meno favorevoli di quelli predisposti dallo Stato membro per la tutela delle posizioni soggettive interne. Cfr. in argomento M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, 136 ss.; M. CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, *op. cit.*, 504.

⁴⁹ Il principio di effettività in senso proprio impone agli Stati membri di prevedere regole processuali nazionali che non rendano impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti scaturenti dall'ordinamento comunitario,

della tutela giurisdizionale. In altri termini, il principio di effettività della tutela giurisdizionale si poneva come limite “negativo” all’autonomia processuale di cui godevano gli Stati membri. Tuttavia, la valorizzazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale ad opera della giurisprudenza della Corte di Giustizia, che da limite negativo assurge a principio generale del diritto comunitario equiparato al rango dei Trattati, induce il legislatore europeo a dettare disposizioni processuali in materia di appalti pubblici⁵⁰.

Dunque, ad un approccio iniziale rispettoso delle specificità nazionali fa seguito un intervento legislativo più incisivo delle istituzioni comunitarie negli ordinamenti processuali degli Stati membri attraverso, per quel che qui interessa, l’adozione delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE che rappresentano “l’avvio formale di una politica processuale della Comunità”⁵¹.

Come accennato, la previsione di una normativa processuale nella materia *de qua* non nasceva esclusivamente dalla necessità di uniformare i mezzi di tutela vigenti nei singoli ordinamenti nazionali per assicurare l’effettività del diritto europeo, ma anche per garantire una tutela giurisdizionale effettiva alle situazioni giuridiche soggettive protette dall’ordinamento comunitario.

In altri termini, l’esistenza di situazioni giuridiche sul piano del diritto sostanziale europeo implica la contestuale previsione di rimedi processuali per contrastare le violazioni della normativa comunitaria anche dinanzi ai giudici nazionali. La limitazione dell’autonomia processuale degli Stati membri e, dunque, la sempre maggiore influenza del legislatore comunitario in materia processuale è avvenuta attraverso varie tappe⁵² realizzate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che hanno preso le mosse dal riconoscimento della “generale azionabilità processuale delle situazioni giuridiche soggettive esistenti sul piano del diritto sostanziale europeo”⁵³. Tale riconoscimento ha permesso la valorizzazione della tutela giurisdizionale del singolo a livello europeo e, dunque, lo sviluppo garantistico del principio di effettività della tutela giurisdizionale⁵⁴.

rectius, la tutela delle situazioni giuridiche soggettive protette dalla normativa europea. Cfr. ancora sul punto M. CHITI, *L’effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, op. cit., 504; M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, 136 ss. e 157, ove chiarisce che il principio di effettività della tutela “impone di garantire ai singoli strumenti di ricorso efficaci”.

⁵⁰ Cfr. M. CHITI, *L’effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, op. cit., 505.

⁵¹ M. CHITI, *L’effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, op. cit., 504.

⁵² Per tali fasi cfr. *sub* nota 46.

⁵³ Cfr. M. RAMAJOLI, *Un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici?*, op. cit., 95 ss.

⁵⁴ L’intervento del legislatore europeo in materia è avvenuto gradualmente attraverso varie tappe realizzate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Tali tappe hanno preso le mosse dal “riconoscimento della generale azionabilità processuale delle situazioni giuridiche soggettive esistenti sul piano del diritto sostanziale”. Cfr. sul punto M. RAMAJOLI, *Un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici?*, op. cit., 95 ss. È intuitivo che questo processo ha permesso uno sviluppo garantistico del principio di effettività della tutela giurisdizionale, per cui diventa sempre più importante garantire rimedi efficaci ed effettivi a tutti gli individui appartenenti agli Stati membri dell’Unione Europea. Ciò si accelera con la valorizzazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale quando, a seguito del Trattato di Lisbona, la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea diventa vincolante al

Difatti, il principio comunitario di effettività della tutela giurisdizionale si emancipa dall'originaria impostazione oggettiva che lo identificava come un mero strumento di affermazione del diritto europeo nei confronti degli ordinamenti giuridici nazionali e diventa un principio teso ad assicurare rimedi effettivi idonei a fornire adeguata tutela alle posizioni giuridiche soggettive di derivazione comunitaria.

L'evoluzione del principio di effettività della tutela a livello comunitario sembra avere dei punti di contatto con le trasformazioni che hanno interessato, ed interessano, il nostro sistema di giustizia amministrativa. Difatti, così come il processo amministrativo italiano, nato come tipico giudizio cassatorio-demolitorio, avente ad oggetto la sola verifica della legittimità dell'azione amministrativa, si trasforma, nel corso del tempo, in un giudizio di tipo soggettivo teso a garantire una completa tutela alla situazione giuridica soggettiva fatta valere⁵⁵, allo stesso modo il principio *de quo* diventa garanzia di tutela delle posizioni giuridiche individuali⁵⁶.

2.1.1. (Segue) L'effettività della tutela giurisdizionale come principio-diritto fondamentale.

L'art. 47 della Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona.

L'evoluzione "in senso soggettivo" del principio di effettività della tutela giurisdizionale iniziata ad opera della Corte di giustizia sin dal 1986 con la sentenza *Johnston*⁵⁷ è oggi accentuata dall'attribuzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza)⁵⁸, a seguito del Trattato di Lisbona, dello stesso valore giuridico dei Trattati, cosicché le sue

pari dei Trattati e, dunque, anche l'art. 47 della Carta medesima. Sull'argomento si rinvia a quanto sarà detto nel prosieguo della presente trattazione.

⁵⁵ Per maggiori dettagli sulla genesi della giustizia amministrativa in Italia e sull'originaria fisionomia del processo amministrativo cfr. F.G. SCOCA, *La formazione del sistema*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2017, 3 ss.; S. PERONGINI, *La formula "ora per allora" nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo "ora per allora"*, Napoli, 1999, 268 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Napoli, 2017, 1 ss.; A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 635 ss.; Cfr., inoltre, M. NIGRO, *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 20 ss., il quale chiarisce che il processo amministrativo nasce come tipico giudizio d'impugnazione di un atto amministrativo, mentre tutte "le altre forme di tutela sono (erano) marginali e recessive".

⁵⁶ Cfr. sul punto M. CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, *op. cit.*, 507, il quale chiarisce che "in ambedue i plessi giuridici è evidente l'affermarsi della prospettiva della tutela delle posizioni giuridiche individuali".

⁵⁷ Cfr. la nota 46.

⁵⁸ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adottata, con lievi modifiche, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, contiene l'elenco dei diritti fondamentali della persona riconosciuti dall'Unione Europea. Lo scopo della Carta non è quello di attribuire nuovi diritti, bensì di dare maggiore visibilità a quei diritti fondamentali che già fanno parte del diritto europeo, in quanto annoverati tra i principi generali del diritto dell'Unione Europea. Difatti, con l'attribuzione alla Carta di Nizza dello stesso valore giuridico dei Trattati i principi-diritti fondamentali da essa sanciti diventano vincolanti per tutti gli Stati appartenenti all'Unione. La suddetta Carta testimonia e formalizza "l'interesse del sistema europeo nei confronti della tutela dei diritti dell'uomo". Difatti, nel preambolo si legge che l'obiettivo della Carta consiste nel "rafforzare la tutela dei diritti fondamentali" nell'ambito dell'Unione Europea. Per maggiori dettagli sull'argomento cfr. M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, *op. cit.*, 37 ss., nonché la nota successiva.

disposizioni rientrano, a pieno titolo, tra le fonti del diritto primario dell'Unione Europea⁵⁹. In altri termini, il diritto ad un ricorso effettivo⁶⁰, positivizzato all'art. 47 della Carta di Nizza⁶¹, è stato

⁵⁹ In altri termini, il principio di effettività della tutela giurisdizionale già riconosciuto tra i principi generali dell'Unione Europea, secondo quanto riferito da M. CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, op. cit., 505, viene annoverato nella categoria dei diritti fondamentali. In realtà, in dottrina si discute sulla sua catalogazione come diritto fondamentale. Cfr. sul punto M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, op. cit., 35 ss., la quale non dubita sull'inclusione del diritto ad un ricorso effettivo tra i diritti fondamentali che, già considerato principio generale dell'Unione prima della sottoscrizione della Carta di Nizza, con il Trattato di Lisbona del 2009 si riafferma la protezione dello stesso come diritto fondamentale, rientrante nella categoria dei principi generali del diritto e, dunque, fonte primaria dell'Unione Europea. Difatti, il Trattato di Lisbona attribuisce alla suddetta Carta lo stesso valore giuridico dei Trattati, pertanto le sue disposizioni diventano vincolanti per tutti gli Stati membri dell'Unione Europea e rientrano nel novero delle fonti primarie. In altri termini, l'effettività della tutela era già annoverata tra i principi generali della Comunità europea ad opera della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Tuttavia, con il Trattato di Lisbona si ha una positivizzazione del principio di effettività, ossia un suo riconoscimento come principio generale dell'Unione a livello legislativo, cosicché l'art. 47 della Carta di Nizza diventa vincolante. Difatti, l'art. 6, par. 1, TUE attribuisce alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei Trattati. Pertanto, le sue disposizioni diventano a pieno titolo fonte primaria del diritto dell'Unione e, dunque, i diritti fondamentali dettati dalle disposizioni medesime rientrano tra i principi generali del diritto europeo e diventano vincolanti per tutti gli Stati membri dell'Unione Europea. Ecco spiegata la "valorizzazione" del principio-diritto fondamentale di effettività della tutela garantito dall'art. 47 della Carta di Nizza. In tal modo, si accentua la dimensione soggettiva del suddetto principio e si legittima l'influenza del legislatore comunitario in materia processuale nel rispetto di questo fondamentale principio-diritto. Chiarisce l'Autrice che un ruolo fondamentale nel riconoscimento del "diritto ad un processo equo" considerato come "*principio generale*, che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri", e, nello stesso tempo, come diritto fondamentale è stato svolto dagli artt. 6 e 13 CEDU (la Convenzione fu firmata a Roma nel 1950). In estrema sintesi, l'art. 6 CEDU prevede il diritto ad un processo equo, mentre l'art. 13 CEDU, che sancisce il diritto ad un ricorso effettivo, rappresenta una "*specificazione modale* dei contenuti dell'art. 6 CEDU". Quest'ultima norma detta le garanzie che contraddistinguono un processo equo, tuttavia non basta garantire la possibilità di rivolgersi al giudice e prevedere le garanzie in cui si snoda il diritto di azione, ma è necessario collegare "*il processo equo* alla realizzazione di una *tutela effettiva*". Pertanto, l'art. 6 CEDU, va letto in combinato disposto con l'art. 13 CEDU che ne rappresenta il naturale completamento. Dunque, secondo l'Autrice, proprio la previsione del diritto ad un processo equo all'interno della CEDU, ossia della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, "costituisce un significativo indice valutativo in relazione alla radice del *diritto* in questione, alla natura e alla valenza dello stesso". La sua inclusione all'interno della CEDU sembra non lasciare dubbi sulla sua inclusione tra i diritti fondamentali della persona. Si aggiunga a tali considerazioni che l'art. 6, par. 3, TUE stabilisce che i diritti fondamentali previsti dalla CEDU "fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali". L'Autrice osserva che da tale disposizione possono trarsi due conclusioni fondamentali: "la prima attiene al formale «assorbimento» dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU all'interno del diritto dell'Unione europea, mentre la seconda stabilisce una equiparazione tra i *principi generali* e i *diritti (fondamentali)* previsti nella Convenzione e dalla stessa protetti". Com'è stato accennato, già la Corte di Giustizia delle Comunità europee negli anni 80'- 90' del Novecento equiparava il diritto ad un processo equo ad un principio generale del diritto comunitario, a partire dalla famosa sentenza *Johnston*. Tuttavia, una svolta in termini di valorizzazione del principio-diritto di effettività della tutela giurisdizionale si ha, come si è detto, con il Trattato di Lisbona del 2009, che attribuisce alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei Trattati, *ergo* il diritto fondamentale ad un giusto processo stabilito all'art. 47 viene incluso nella categoria dei principi generali del diritto e diventa, pertanto, fonte primaria del diritto dell'Unione Europea. Cfr. anche sul punto G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *www.federalismi.it*, 2018, 10 ss., la quale chiarisce che a seguito del Trattato di Lisbona del 2009 si è assistito ad una "codificazione del principio generale di effettività della tutela", per cui si ha una valorizzazione del principio in esame.

⁶⁰ Osserva correttamente D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 913 ss., che non è sufficiente che un ordinamento giuridico preveda il diritto di accesso alla giustizia, inteso come possibilità di adire un giudice, ma è necessario che "accesso alla giustizia" significhi anche "accesso ad un processo effettivo". Difatti, "l'effettività è il canone nel quale tale diritto si compendia". In altri termini, l'ordinamento deve garantire a tutti "il diritto di accedere, anche di fatto, alla giustizia, eliminando gli ostacoli che, sia nella fase dell'esercizio sia in quella della soddisfazione pratica e concreta, si frappongono alla più completa realizzazione delle situazioni sostanziali soggettive riconosciute dall'ordinamento stesso". Dunque, "non è sufficiente prevedere il diritto di accesso ai tribunali e neanche stabilire determinate garanzie del e nel processo; occorre anche che la giustizia non sia indifferente alla natura dei bisogni dei quali viene chiesta soddisfazione e assicurare meccanismi in grado di modulare e adeguare la tutela in corrispondenza dei bisogni stessi

considerato sin da epoca risalente un principio generale del diritto dell'Unione, addirittura prima della sottoscrizione della suddetta Carta⁶². A seguito della proclamazione della Carta di Nizza nel 2000 il diritto *de quo* viene annoverato nella categoria dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Tuttavia, un riconoscimento formale del diritto in esame come principio generale del diritto dell'Unione⁶³ avviene ad opera dell'art. 6, par. 1, TUE che, attribuendo alle disposizioni della Carta *de qua* lo stesso valore giuridico dei Trattati, include il diritto fondamentale ad un ricorso effettivo, a tutti gli effetti, tra i principi generali del diritto.

Il riconoscimento a livello legislativo, e non più solo pretorio, come principio-diritto fondamentale⁶⁴ ne determina l'inclusione nella categoria delle fonti primarie del diritto dell'Unione e, dunque, acquista efficacia vincolante per tutti gli Stati membri⁶⁵. In altri termini, se la Carta di

o, quanto meno, forme di tutela non ancorate in schemi troppo rigidi". Il diritto ad un *effective remedy* non sarebbe altro che "il riconoscimento del diritto ad una forma di tutela adeguata alla situazione sostanziale dedotta in giudizio".

⁶¹ Cfr. sul punto E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 686, il quale osserva che nelle «Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali» si specifica che le disposizioni dell'art. 47 "corrispondono, nel senso che offrono analoghe garanzie, all'art. 6, par. 1, CEDU, anche se la norma del Trattato sull'Unione Europea ha un ambito di applicazione più vasto, dal momento che l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo riguarda i «diritti e doveri di carattere civile» e «ogni accusa penale». Nelle "Spiegazioni" si legge che all'art. 47, par. 1, Carta di Nizza corrisponde il disposto dell'art. 13 CEDU, mentre all'art. 47, par. 2, l'art. 6 CEDU. Difatti, l'art. 47 (rubricato "Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale") al par. 1 così dispone: "Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo". Tale paragrafo corrisponde a quanto statuito dall'art. 13 CEDU, mentre l'art. 47 al par. 2 dispone: "ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente ed imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare". Ciò corrisponde a quanto statuito, invece, dall'art. 6 CEDU. Dunque, anche se l'art. 47 della Carta di Nizza ha un ambito applicativo più ampio, vi è una coincidenza a livello di contenuti tra il detto art. 47 e gli artt. 6 e 13 CEDU.

⁶² In realtà, già prima della sottoscrizione della Carta di Nizza il diritto ad un ricorso effettivo poteva essere considerato diritto fondamentale a causa della sua previsione agli artt. 6 e 13 CEDU. La Carta di Nizza opera una ricognizione dei diritti fondamentali già esistenti per renderli più visibili, tuttavia, non avendo lo stesso valore giuridico dei Trattati, le sue disposizioni avevano solo un valore morale per gli Stati membri dell'Unione. Con l'attribuzione, a seguito del Trattato di Lisbona (con l'art. 6 TUE) alle disposizioni contenute nella suddetta Carta dello stesso valore giuridico dei Trattati, i diritti fondamentali da essa previsti rientrano nella categoria dei principi generali dell'Unione e questo riconoscimento a livello legislativo fa acquisire valore vincolante alle disposizioni medesime che devono essere osservate da tutti gli Stati appartenenti all'Unione Europea, poiché rientrano, a pieno titolo, tra le fonti primarie del diritto europeo.

⁶³ E, dunque, una valorizzazione del principio di effettività della tutela che si impone come principio che presuppone l'osservanza da parte di tutti gli Stati appartenenti all'Unione, data l'inclusione dei principi generali tra le fonti primarie del diritto europeo.

⁶⁴ Il giusto processo assume la duplice veste di principio generale del diritto dell'Unione e diritto fondamentale dell'individuo. Cfr. più ampiamente M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, *op. cit.*, 15 ss.

⁶⁵ Già la previgente formulazione dell'art. 6 TUE al paragrafo 2 disponeva che l'Unione rispetta i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e "quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto". Dunque, già nella sua formulazione risalente al Trattato di Maastricht del 1992 il diritto ad un ricorso effettivo era considerato principio generale del diritto dell'Unione. Tuttavia, tale previsione non poteva avere effetto vincolante per gli Stati membri, in quanto si faceva riferimento ai diritti fondamentali stabiliti nella CEDU che, non essendo un Trattato dell'Unione Europea, le sue disposizioni non avevano effetto diretto negli ordinamenti dei Paesi membri della Comunità. Con il Trattato di Lisbona viene riscritto l'art. 6 TUE che al paragrafo 1 attribuisce alle disposizioni contenute nella Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei Trattati, pertanto, senza ripetere discorsi già fatti nel corso della presente trattazione, il diritto ad un ricorso effettivo previsto all'art. 47 della suddetta Carta, avente contenuto analogo agli artt. 6 e 13 CEDU, viene formalmente riconosciuto come principio-diritto fondamentale avente efficacia vincolante per tutti gli Stati membri, in quanto fonte primaria del diritto europeo. Tuttavia, anche dopo il

Nizza opera una ricognizione dei diritti fondamentali già esistenti affinché acquistino maggiore visibilità è solo con il Trattato di Lisbona (e precisamente con l'art. 6 TUE) che, assumendo le disposizioni previste dalla Carta lo stesso valore giuridico dei Trattati, sono riconosciuti come principi generali del diritto e, dunque, fonte primaria del diritto dell'Unione, avente efficacia vincolante. In tal modo, non solo si riafferma l'esistenza dei diritti fondamentali, ma si rafforzano i meccanismi di protezione degli stessi⁶⁶.

Di conseguenza, qualora una situazione giuridica soggettiva protetta dal diritto comunitario subisca una lesione il titolare può agire in giudizio per contrastare la violazione della normativa comunitaria o di quella nazionale di recepimento. In altri termini, l'art. 47 della Carta attribuisce al singolo il "diritto" ad esercitare un rimedio effettivo e, correlativamente, è fatto obbligo agli Stati membri di prevedere rimedi efficaci che garantiscano ai singoli una tutela effettiva nei settori che rientrano nell'ambito di applicazione del diritto europeo. In tal modo, il principio-diritto fondamentale di effettività della tutela giurisdizionale intercetta il concetto di efficacia, difatti gli Stati membri devono prevedere ricorsi effettivi ed efficaci per garantire piena soddisfazione ai bisogni di tutela che sottendono la situazione giuridica soggettiva lesa.

Dunque, ci si muove nell'ottica della creazione ed uniformazione a livello europeo di un sistema di tutela giurisdizionale del singolo, il quale deve poter esperire il rimedio più adeguato alla soddisfazione del suo interesse materiale al bene della vita. La tutela giurisdizionale dell'individuo sembra acquisire una propria autonomia, nel senso che le norme processuali dettate dal legislatore

Trattato di Lisbona, permangono dubbi circa la diretta applicabilità della CEDU negli ordinamenti degli Stati membri. Il nuovo art. 6, par. 3, ricalca la formulazione del vecchio art. 6, par. 2, TUE, anche se non si limita a dire che l'Unione rispetta i diritti fondamentali stabiliti dalla CEDU, bensì che quest'ultimi "fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali". Dunque, i diritti fondamentali sono riconosciuti come principi generali e, in quanto tali, sono fonte primaria del diritto dell'Unione. Tuttavia, l'art. 6, par. 2, TUE, adesso stabilisce che "l'Unione aderisce alla CEDU", di conseguenza, non essendosi ancora completato il procedimento di adesione, il dibattito sul se considerare le disposizioni della CEDU direttamente applicabili e, dunque, se sia possibile per il giudice nazionale disapplicare una norma interna che sia in contrasto con una disposizione della Convenzione, ovvero se la CEDU rilevi solo come norma interposta ex art. 117 Cost., in quanto equiparata ai Trattati internazionali, risulta ancora vivo. Per maggiori dettagli si rimanda alle preziose riflessioni svolte da E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, op. cit., 688 ss., il quale chiarisce che a prescindere da quale soluzione si accolga, anche se dovesse considerarsi la CEDU come norma interposta, comunque le sue disposizioni e, in particolare l'art. 6 CEDU per quel che qui interessa, rappresentano parametri di costituzionalità delle leggi interne. Pertanto, anche il giudice amministrativo "nell'applicare le leggi sostanziali che processuali, deve innanzitutto interpretarle in maniera conforme alla CEDU e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e, qualora l'interpretazione non consenta di ricondurre la norma al rispetto della CEDU, rimettere la questione alla Corte costituzionale". L'Autore, dopo aver spiegato che l'art. 6 CEDU trova applicazione anche per il processo amministrativo chiarisce che adeguarsi alle disposizioni della CEDU sul giusto processo, limitatamente alla giustizia amministrativa italiana, significa consentire un ampliamento dei poteri cognitori del giudice amministrativo, il quale potrebbe svolgere un sindacato a tutto tondo, assicurando al privato una tutela effettiva.

⁶⁶ M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, op. cit., 37 ss., chiarisce che le modifiche introdotte dall'art. 6 TUE "si inseriscono nella prospettiva di rafforzamento dei meccanismi di protezione dei diritti fondamentali, la cui tutela è ascrivibile al sistema risultante dalla combinazione delle fonti di riferimento".

europeo⁶⁷ non sono solo funzionali a garantire l'effettività del diritto comunitario attraverso l'uniformazione dei rimedi processuali nazionali, ma anche a soddisfare le esigenze di tutela del singolo. In altri termini, tutti i soggetti hanno diritto ad ottenere una protezione adeguata della propria situazione giuridica soggettiva lesa, per il solo fatto di essere titolare di una posizione giuridica protetta dalle norme giuridiche europee⁶⁸. Pertanto, l'inclusione del principio di effettività della tutela giurisdizionale nella categoria dei diritti fondamentali valorizza la tutela del singolo che non è più assicurata esclusivamente per soddisfare l'interesse oggettivo all'effettività del diritto dell'Unione, ma mira anche alla soddisfazione della pretesa azionata dal singolo⁶⁹.

Dunque, il principio di effettività della tutela giurisdizionale non è meramente strumentale al principio dell'effetto utile del diritto comunitario, in quanto si tratta di due principi autonomi, anche se tra di loro interdipendenti⁷⁰. La ricostruzione del rapporto tra i due principi nei suddetti termini non è possibile nel momento in cui irrompe l'effettività della tutela giurisdizionale che assurge al rango di diritto fondamentale e si ha un riconoscimento formale come principio generale del diritto, per cui non si può più affermare che il diritto processuale è meramente strumentale all'applicazione della normativa sostanziale⁷¹, ma che si intende assicurare a tutti i titolari delle situazioni giuridiche

⁶⁷ E questo si nota già dall'emanazione delle primigenie direttive ricorsi, ma sarà ancora più evidente, come sarà chiarito nel prosieguo, a seguito dei successivi interventi comunitari e nazionali di recepimento.

⁶⁸ Cfr. sul punto G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, op. cit., 4, la quale, nel descrivere le diverse accezioni che può assumere il termine effettività, chiarisce che il medesimo termine quando è inteso come effettività della tutela assume "i contorni della corrispondenza tra situazioni giuridiche sostanziali, attribuite ai singoli da norme promananti dall'ordinamento dell'Unione, e situazioni giuridiche processuali, derivanti sempre dal medesimo ordinamento e funzionali al soddisfacimento degli interessi sottesi alle prime".

⁶⁹ Cfr. M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, op. cit., 162, la quale osserva che l'inclusione del diritto ad un ricorso effettivo, sancito dall'art. 47 della Carta di Nizza, tra i diritti fondamentali comporta una valorizzazione della sua dimensione soggettiva e modula "la tutela sulla base della singola situazione soggettiva in modo da rendere l'azione idonea a realizzare la pretesa". Per maggiori dettagli sul punto cfr. anche S. GAMBINO, *Diritti fondamentali e unione europea*, Milano, 2009, 106.

⁷⁰ G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, op. cit., 4 ss., riporta le principali teorie sul rapporto tra effettività della tutela giurisdizionale ed effettività del diritto comunitario. Secondo alcuni i due principi sono coincidenti, secondo altri c'è una sovraordinazione del primo principio rispetto all'altro e viceversa. Ad esempio, sembra militare per una costruzione del rapporto tra i due valori succitati in termini di strumentalità del principio di effettività della tutela giurisdizionale rispetto all'effettività del diritto comunitario, dal momento che la preoccupazione di base della Corte di giustizia appare quella di assicurare l'effetto utile del diritto europeo e il suo primato, G. MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 832, il quale efficacemente afferma: "per dare effettività al primato (o comunque all'esistenza) del diritto comunitario è indispensabile che gli ordinamenti interni apprestino efficaci mezzi di attuazione, anche giurisdizionale, del diritto stesso". E, in maniera ancora più esplicita, cfr. ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, in *Quaderni della Rivista "Il Diritto dell'Unione Europea"*, Milano, 2001, 46, secondo cui "l'effettività del diritto comunitario è sempre il fine, mentre l'effettività della tutela è il mezzo". Tuttavia, chiarisce G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, op. cit., 7, che non è necessario stabilire quale tipo di rapporto sussista tra i due principi, poiché si tratta "di due criteri giuridici che, sebbene concettualmente distinti ed autonomi, sono pur sempre formalmente interdipendenti, tanto sul piano strutturale, quanto su quello funzionale". E, a sostegno della sua tesi, richiama una recente sentenza della Corte di Giustizia resa nel caso *Orizzonte Salute*, commentata alla nota 74, alla quale si rinvia.

⁷¹ Illuminanti sono sul punto le osservazioni espresse da M. RAMAJOLI, *Un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici?*, op. cit., 95 ss., secondo cui affermare che l'effettività della tutela giurisdizionale è strumentale a garantire l'obiettivo dell'effetto utile del diritto comunitario significa sostenere che il diritto processuale sia strumentale al raggiungimento dei suoi scopi. È noto che il processo è, per sua natura, strumentale rispetto all'attuazione della

soggettive protette dall'ordinamento comunitario la possibilità di avvalersi di strumenti processuali efficaci ed effettivi.

Dunque, il principio di effettività della tutela giurisdizionale, in quanto annoverato tra i diritti fondamentali dell'Unione Europea, va rispettato e tutelato in maniera autonoma. Pertanto, la tutela giurisdizionale della situazione giuridica soggettiva "europea" non deve essere garantita solo ove "l'affermazione del diritto dell'Unione coincida con le soluzioni di migliore tutela dei singoli"⁷², ma ogniqualvolta la suddetta situazione subisca una lesione. Che poi garantire la tutela effettiva del singolo sia anche strumentale ad assicurare l'effettività del diritto comunitario e, dunque, garantire la coerenza complessiva del sistema europeo rappresenta un dato ulteriore che vale semplicemente a confermare il rapporto di interdipendenza tra i summenzionati principi, ma non a decretare la prevalenza dell'uno rispetto all'altro.

Difatti, la codificazione del principio generale di effettività della tutela giurisdizionale all'art. 47 della Carta di Nizza⁷³ testimonia che le esigenze relative alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto europeo assumono pari dignità rispetto a quelle concernenti il corretto funzionamento dell'ordinamento comunitario nella sua totalità. Invero, l'effettività della tutela giurisdizionale, come tutti i principi generali dell'ordinamento dell'Unione, si pone come "parametro di valutazione della legittimità del comportamento degli Stati membri allorché diano esecuzione a norme dell'Unione"⁷⁴. In quanto principio generale e, quindi, fonte primaria del diritto europeo, la Corte di Giustizia ha spesso utilizzato tale principio per intervenire direttamente sui singoli ordinamenti nazionali, modificando e, soprattutto, innalzando, il livello di tutela da essi "offerto"⁷⁵.

Dunque, tra l'effettività della tutela e l'effettività *tout court* del diritto europeo non dovrebbe esserci un rapporto di strumentalità funzionale del primo rispetto al secondo, dal momento che tutti i

normativa sostanziale e, dunque, è funzionale a dare tutela alle situazioni giuridiche soggettive riconosciute sul piano sostanziale.

⁷² M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, op. cit., 168.

⁷³ Riguardo all'ambito di applicazione dell'art. 47 Carta di Nizza non si dimentichi che all'ampia dimensione soggettiva della norma, la quale, come si è chiarito, ha una portata più vasta di quella garantita dall'art. 13 CEDU, dal momento che il diritto ad un rimedio effettivo da essa previsto può essere esercitato sia dinanzi "alle autorità nazionali, quanto a quelle dell'Unione"; fa da "contraltare una decisa circoscrizione della sua dimensione oggettiva, atteso che l'art. 47 riguarda solo la tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche attribuite ai singoli da disposizioni dell'ordinamento dell'Unione, e non anche del diritto interno". Cfr. più ampiamente G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, op. cit., 11-12. Difatti, aggiunge N. TROCKER, *L'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'evoluzione dell'ordinamento comunitario in materia di tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di G. VETTORI, Milano, 2002, 389-390, che il detto art. 47 "non si propone di disegnare un modello di tutela giurisdizionale europeo, destinato a sostituire le varie discipline nazionali. Il suo obiettivo è di munire di specifiche garanzie processuali la tutela delle situazioni giuridiche europee; vale a dire, delle situazioni soggettive attribuite ai singoli da norme giuridiche europee".

⁷⁴ G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, op. cit., 23.

⁷⁵ È quanto accaduto, ad esempio, in materia di processo cautelare. Cfr. sul punto G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, op. cit., 23.

principi dell'ordinamento comunitario, e dunque anche quello dell'effettività della tutela, mirano a garantire la perfetta "tenuta" del sistema, l'osservanza di tali principi è propedeutica alla corretta applicazione della normativa comunitaria in maniera uniforme in tutti gli Stati europei. In questa prospettiva l'effettività della tutela giurisdizionale e l'effettività del diritto comunitario costituiscono "due facce della stessa medaglia"⁷⁶, che, pertanto, devono essere entrambe tutelate.

2.2. Il rapporto tra l'effettività della tutela giurisdizionale e l'effettività della normativa comunitaria nella direttiva ricorsi 89/665/CEE.

Un esempio tangibile della ricostruzione del rapporto tra i due valori summenzionati nel senso poc'anzi considerato è dato, secondo l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁷⁷, dalla direttiva ricorsi 89/665/CEE. Ad onore del vero, dall'analisi della direttiva ricorsi emerge più che un rapporto di interdipendenza tra i due principi, una coincidenza tra le due esigenze considerate, cosicché le disposizioni processuali dettate dalla direttiva medesima mirano a garantire sia l'effettività del diritto comunitario, che l'effettività della tutela giurisdizionale.

Com'è stato chiarito, la direttiva 89/665/CEE viene adottata per assicurare agli interessati gli strumenti processuali idonei a contrastare le violazioni del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o della normativa nazionale di recepimento, "al fine di garantire l'applicazione effettiva delle direttive che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici"⁷⁸. Dunque, la previsione di rimedi "efficaci e rapidi"⁷⁹ in tutti gli Stati membri della Comunità europea risponde ad un duplice obiettivo: da un lato, consente ai partecipanti alle gare d'appalto di accedere alla giustizia per reagire alle violazioni della normativa comunitaria o nazionale di recepimento *in subiecta materia*, in virtù del principio di effettività della tutela giurisdizionale; dall'altro, garantisce l'effettiva applicazione del diritto comunitario e dei valori propri del mercato unico europeo⁸⁰. In altri termini, la previsione di "rimedi efficaci e rapidi" risponde sia all'esigenza di garantire un'effettiva applicazione del diritto comunitario, che di assicurare al partecipante alla gara la possibilità di tutelare la situazione giuridica soggettiva di cui è titolare. Poiché lo scopo

⁷⁶ G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, op. cit., 8.

⁷⁷ Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia, 6 ottobre 2015, C-61/14, *Orizzonte Salute*; Id., 12 dicembre 2002, C-470/99, *Universale-Bau*.

⁷⁸ Conclusioni dell'avvocato generale Jääskinen presentate il 7 maggio 2015, C-61/14, *Orizzonte Salute*, par. 20.

⁷⁹ III° Considerando, Direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, cit.

⁸⁰ In altri termini, se viene violata la normativa sostanziale in materia di appalti pubblici si "reagisce" a tale violazione attraverso la predisposizione di meccanismi rapidi ed efficaci con cui si dà effettiva applicazione alla normativa sostanziale, ma nello stesso tempo tali rimedi mirano a dare completa soddisfazione al singolo che ha agito in giudizio, realizzando, così, il principio di effettività della tutela giurisdizionale. Per questo motivo l'effetto utile della direttiva 89/665/CEE può dirsi, semplificando, che consiste nell'effettività della tutela giurisdizionale, in quanto con la previsione di idonei rimedi giurisdizionali non solo si tutela il singolo, ma si assicura anche una corretta applicazione della normativa europea in materia di appalti pubblici.

della direttiva in esame consiste nel dare effettiva applicazione alla normativa comunitaria in materia di pubblici appalti attraverso la predisposizione di meccanismi processuali idonei a soddisfare le pretese azionate dall'impresa ricorrente, l'effetto utile della direttiva ricorsi coincide con il rispetto del principio-diritto fondamentale di effettività della tutela giurisdizionale, codificato all'art. 47 della Carta di Nizza.

Dunque, nell'economia della direttiva 89/665/CEE si ha una convergenza tra il profilo oggettivo della garanzia dell'effettività del diritto comunitario, che si pone come un'esigenza relativa al corretto funzionamento dell'ordinamento inteso nel suo complesso, e quello soggettivo dell'effettività della tutela giurisdizionale, attento ad assicurare completa soddisfazione agli interessi sottesi alle posizioni individuali⁸¹. In definitiva, si ha una coincidenza di tutela dei due valori summenzionati, per cui si può ben dire che l'effetto utile della direttiva 89/665/CEE consiste nell'assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale all'operatore economico-ricorrente, in quanto se si predispongono rimedi efficaci e rapidi non solo si garantisce l'applicazione effettiva delle disposizioni delle direttive sostanziali in materia di appalti pubblici (effettività *tout court* del

⁸¹ L'avvocato generale *Jääskinen* nelle conclusioni presentate il 7 maggio 2015, C-61/14, *Orizzonte Salute*, par. 34, fornisce una interpretazione dello scopo perseguito dalla direttiva 89/665/CEE, così come oggi modificata dalla direttiva 2007/66/CE, ma valevole anche per le primigenie direttive ricorsi, individuando, nella ricerca dell'effetto utile di tale atto di armonizzazione, una coincidenza tra i due valori dell'effettività del diritto comunitario e dell'effettività della tutela giurisdizionale. Difatti, secondo l'avvocato generale, nel caso *Orizzonte Salute* "i due approcci convergono ampiamente perché lo scopo della direttiva 89/665 è garantire l'accesso alla giustizia alle imprese qualora le norme di diritto dell'Unione sostanziale o procedurale in materia di appalti pubblici siano violate. In altri termini, l'effetto utile di tale atto legislativo coincide in larga misura con la stretta osservanza dei requisiti che emergono dall'art. 47 della Carta in tale ambito". Nello stesso senso, Corte di Giustizia, 6 ottobre 2015, C-61/14, *Orizzonte Salute*, secondo cui: "Per quanto riguarda il principio di effettività, la Corte ha già avuto modo di affermare che esso implica un'esigenza di tutela giurisdizionale, sancita dall'art. 47 della Carta, che il giudice nazionale è tenuto a rispettare. In tal senso, l'articolo 1 della direttiva 89/665 deve necessariamente essere interpretato alla luce dei diritti fondamentali sanciti da tale Carta, in particolare il diritto al ricorso effettivo dinanzi ad un giudice, previsto dal suo articolo 47". G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, op. cit., 8, chiarisce che il rapporto di interdipendenza esistente tra i valori dell'effettività *tout court* del diritto comunitario e dell'effettività della tutela giurisdizionale è testimoniato dalla sentenza resa dalla Corte di Giustizia nel caso *Orizzonte Salute*, "ove si evidenzia che l'applicazione della direttiva 89/665 avente lo scopo di garantire l'accesso alla giustizia alle imprese nelle ipotesi di violazione delle norme dell'Unione in materia di appalti, valorizza la convergenza tra le esigenze sottese all'effettività e quelle proprie di una tutela giurisdizionale effettiva, di cui all'art. 47 della Carta". Cfr., in senso analogo, M. PISI, *La sentenza della Corte di Giustizia nel caso Orizzonte Salute e il sistema italiano di contributi unificati cumulativi nei ricorsi in materia di appalti pubblici: ogni persona, che possa permetterselo, ha diritto di accesso alla giustizia?*, in *www.europeanpapers.eu*, 2016, 250, il quale specifica che nel caso *Orizzonte salute* "i due approcci convergono, poiché lo scopo della direttiva 89/665 è quello di garantire l'accesso alla giustizia alle imprese qualora le norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici siano state violate, cosicché l'effetto utile di tale atto normativo, salvaguardato appunto dal principio di effettività, coincide in linea di massima con il rispetto dell'art. 47 della Carta". A parere di A. ADINOLFI, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni giuridiche soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Dir. un. eur.*, 2001, 41 ss., mentre il principio di effettività ed equivalenza mira a salvaguardare l'effettività del diritto dell'Unione, l'effettività della tutela giurisdizionale garantisce la protezione delle prerogative del singolo. Grazie a questo chiarimento si comprende l'affermazione espressa dalla Corte di Giustizia nel caso *Orizzonte Salute*, secondo cui l'effetto utile del diritto comunitario coincide sia con il rispetto dell'art. 1 della direttiva del 1989, interpretato alla luce dei principi di effettività ed equivalenza, che con la garanzia del diritto fondamentale ad una tutela effettiva.

diritto comunitario), ma si soddisfa anche l'interesse materiale al bene della vita anelato dal singolo (effettività della tutela giurisdizionale)⁸².

3. Un primo passo verso la formazione di un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici?

In definitiva, l'Unione Europea interviene in materia processuale non solo per garantire l'effettività del diritto comunitario ma anche per assicurare ai singoli individui di ottenere una tutela giurisdizionale effettiva a fronte delle violazioni della normativa comunitaria o nazionale di recepimento. Dunque, l'effetto utile del diritto comunitario ed il principio del primato unitamente allo "sviluppo garantistico" del principio di effettività della tutela si pongono come limiti all'autonomia processuale degli Stati membri.

Tuttavia, questo processo di erosione dell'autonomia processuale, com'è stato accennato, è avvenuto gradualmente, difatti⁸³ il legislatore comunitario con le direttive ricorsi 89/665/CEE e 92/13/CEE impone agli Stati membri la previsione di rimedi processuali che assicurano uno *standard* minimo di garanzia di tutela giurisdizionale effettiva⁸⁴. Sicuramente una delle cause dell'approccio di originaria cautela del legislatore comunitario in materia processuale è da ricercare nella lenta evoluzione e valorizzazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale a livello europeo⁸⁵ che all'epoca dell'adozione delle primigenie direttive ricorsi era ancora nella sua fase iniziale. Difatti, le direttive ricorsi di prima generazione rappresentano il primo *step* della codificazione di un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici il cui ultimo stadio, secondo quanto osservato da attenta dottrina⁸⁶, è stato preparato dalla direttiva ricorsi 2007/66/CE. Si è correttamente osservato che la difficoltà di creare un sistema processuale comunitario e, dunque, "normalizzare" l'intervento europeo in materia processuale⁸⁷ dipende, anche, dalla ritrosia

⁸² In tal caso, risulta ancora più chiaro che cosa s'intenda per rapporto di interdipendenza tra i due valori: l'effettività della tutela giurisdizionale consente l'applicazione della normativa sostanziale in materia di appalti pubblici, *ergo* l'effettività delle norme del diritto europeo, che vengono concretamente applicate; l'effettiva applicazione delle norme europee attraverso la predisposizione di rimedi rapidi ed efficaci consente di realizzare il principio-diritto di effettività della tutela giurisdizionale. Anche se, più che interdipendenza, sussiste una coincidenza di tutela dei due valori.

⁸³ E ciò è particolarmente evidente nel settore degli appalti pubblici.

⁸⁴ M. RAMAJOLI, *Un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici?*, *op. cit.*, 95 ss., avverte che "l'individuazione dell'autorità giudicante in materia costituisce un mero dato organizzativo demandato all'autonomia e alla tradizione dei vari Stati membri. Essa non rientra all'interno dei requisiti 'minimi' di garanzia di tutela effettiva". Dunque, sono i Paesi membri dell'Unione Europea ad individuare l'organo giudiziario avente giurisdizione in materia, che corrisponde al giudice amministrativo per l'Italia, la Francia, la Spagna e la Svezia.

⁸⁵ Difatti, come si chiarirà nel prosieguo della presente trattazione, la direttiva ricorsi 2007/66/CE innalzerà il livello minimo di tutela che deve essere garantito da tutti i Paesi membri dell'Unione Europea non solo per gli scarsi risultati conseguiti dalle primigenie direttive ricorsi in relazione all'effettività della normativa comunitaria, ma anche per la valorizzazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale a livello europeo.

⁸⁶ Cfr. più ampiamente M. RAMAJOLI, *Un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici?*, *op. cit.*, 95 ss.

⁸⁷ Determinando una progressiva erosione del principio dell'autonomia processuale degli Stati membri.

degli Stati membri a rinunciare a sfere di sovranità nazionale nell'ambito del diritto processuale⁸⁸ che non consente ai valori derivanti dall'ordinamento europeo di penetrare facilmente all'interno dei singoli Paesi. Tale ritrosia deriva innanzitutto dalla diversità delle tradizioni giuridiche degli Stati membri che rende difficile favorire la condivisione di valori comuni promananti dall'ordinamento sovranazionale.

Tuttavia, soprattutto nel settore degli appalti pubblici la resistenza degli Stati a rinunciare a spazi di sovranità in ambito processuale è stata progressivamente erosa. È difatti innegabile l'influenza esercitata dal legislatore europeo in materia processuale sin dall'adozione delle direttive ricorsi di prima generazione, le quali, imponendo uno *standard* minimo di tutela da rispettare, hanno rafforzato i rimedi processuali nazionali esistenti o colmato i vuoti di tutela ove il meccanismo processuale non fosse stato previsto.

Per quanto concerne l'ordinamento italiano l'influenza comunitaria è evidente, difatti a seguito delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE hanno fatto ingresso la tutela cautelare *ante causam*⁸⁹ e il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi⁹⁰. In altri termini, le disposizioni processuali dettate dall'ordinamento comunitario hanno contribuito ad innalzare il livello di tutela

⁸⁸ Difatti, soprattutto all'epoca dell'emanazione delle direttive ricorsi di prima generazione, ogni Stato risultava ancorato alle proprie tradizioni giuridiche e geloso della sua autonomia processuale. Successivamente, tale ritrosia è stata progressivamente limitata.

⁸⁹ Ciò si deve in particolare alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ha individuato la base giuridica per il riconoscimento di una tutela cautelare *ante causam* nelle disposizioni della direttiva 89/665/CEE. Con l'ordinanza del 29 aprile 2004 (cfr. Corte di Giustizia, sez. IV, ord. 29 aprile 2004, Causa C-202/03, *Dac s.p.a. c. azienda ospedaliera «Spedali civili» di Brescia*) la Corte di Giustizia stabilisce l'incompatibilità dell'art. 21 L. Tar con la direttiva ricorsi nella parte in cui non prevede una tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo. In particolare, secondo la Corte, l'art. 2, par. 1, lett. a) della direttiva del 1989 "deve essere interpretato nel senso che gli Stati membri sono tenuti a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare, indipendentemente dalla previa proposizione di un ricorso di merito, qualsiasi provvedimento provvisorio, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica dell'appalto in esame". Avevano fornito un'interpretazione simile dell'art. 2, par. 1, lett. a) della direttiva 89/665/CEE già Corte di Giustizia, 19 settembre 1996, Causa C-236/95, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica ellenica*; Id., 15 maggio 2003, causa C-214/00, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna*. Quest'ultima pronuncia decretava l'esistenza della tutela cautelare *ante causam* facendo riferimento non solo all'art. 2, par. 1, lett. a), della citata direttiva, ma anche al suo V° considerando. Cfr. sul punto M. CHITI, *La tutela cautelare ante causam e la progressiva comunitarizzazione del processo amministrativo: alcune riflessioni critiche*, in *Foro amm. - Tar*, 2004, 57 ss.; R. LEONARDI, *La Corte di giustizia interviene nel controverso dibattito italiano in materia di tutela cautelare ante causam*, in *Foro amm. - Tar*, 2004, 1226 ss. Successivamente, la tutela cautelare *ante causam* è stata prevista dal vecchio codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 123) all'art. 245, co. 3-8, in attuazione delle decisioni della Corte di Giustizia appena menzionate, e poi generalizzata a tutto il processo amministrativo. Cfr. sul punto M.S. SABBATINI, *La direttiva 2007/66/CE sulle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici: la trasparenza è anche una questione di termini*, *op. cit.*, 155 ss., in particolare, le note 141 e 142. La tutela cautelare *ante causam* è attualmente disciplinata all'art. 61 c.p.a., a riprova della *vis expansiva* delle novità processuali intervenute a livello comunitario concernenti il rito in materia di appalti pubblici. Questo discorso sarà più ampiamente chiarito nei successivi paragrafi relativamente al riconoscimento del risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi nel settore degli appalti, poi esteso all'intero processo amministrativo. Per una completa disamina delle misure cautelari, anche *ante causam*, nel processo amministrativo cfr. per tutti E. FOLLIERI, *La fase cautelare*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2014, 342 ss.

⁹⁰ Anche se, come si chiarirà nel prosieguo, si discorre di un risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi solo in materia di contratti pubblici, poiché era dubbia l'estensione del risarcimento del danno in tutti i rami del processo amministrativo.

giurisdizionale originariamente previsto da ciascuno Stato membro, apponendo, proporzionalmente, sempre maggiori limiti all'autonomia processuale dei singoli ordinamenti giuridici⁹¹.

Dunque, sin dalle primigenie direttive ricorsi, si è avuto, a livello generale, un innalzamento della tutela giurisdizionale garantita nella materia *de qua* dai singoli ordinamenti nazionali. Uno sviluppo in tal senso è sicuramente da attribuirsi all'opera meritoria della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che ha da sempre prediletto un'interpretazione delle disposizioni processuali dettate dalla direttiva ricorsi ispirata al raggiungimento dell'effettività della tutela giurisdizionale. Inoltre, la catalogazione dell'effettività della tutela giurisdizionale tra i principi generali dell'Unione, *ergo* tra le fonti primarie del diritto europeo, ha consentito alla Corte di Giustizia non solo di fornire un'interpretazione delle disposizioni della direttiva del 1989⁹² quanto più possibile confacente al principio medesimo, il cui rispetto coincide, fra l'altro, con l'effetto utile della direttiva in questione⁹³; ma ha permesso al giudice europeo di estendere l'interpretazione giurisprudenziale delle disposizioni della direttiva ricorsi ad altri rami del processo amministrativo. Difatti, essendo l'effettività della tutela giurisdizionale un principio generale del diritto dell'Unione deve essere rispettato da tutti gli Stati membri e può avere, dunque, un campo di applicazione che travalica i confini del settore degli appalti pubblici. È quanto avvenuto, come vedremo, in tema di tutela cautelare *ante causam* e di risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi, riconosciuti dapprima nel limitato ambito del rito in materia di appalti pubblici e poi estesi a tutto il processo amministrativo⁹⁴.

È evidente l'importanza assunta dalle direttive ricorsi per l'ampliamento delle tecniche di tutela dell'interesse legittimo registratosi in tutto il processo amministrativo, per cui lo studio della genesi e delle innovazioni concernenti il contenzioso in materia di appalti pubblici costituiscono un tassello importante per la comprensione dell'evoluzione dell'intera giustizia amministrativa.

⁹¹ Si ribadisce, il processo di progressiva limitazione dell'autonomia processuale degli Stati membri inizia con le direttive ricorsi di prima generazione, ma continua nel corso del tempo e si fa più insistente quando viene adottata la direttiva 2007/66/CE. Come chiarito nel testo della presente trattazione, la lentezza di tale processo è determinata dal passaggio, anche ad opera della giurisprudenza della Corte di Giustizia, da una impostazione oggettiva a soggettiva del principio di effettività della tutela, che, appunto, non avviene rapidamente e ancora oggi non può definirsi concluso. A ciò si aggiunge una certa ritrosia dei singoli Stati membri a rinunciare a sfere di sovranità nazionale nell'ambito del diritto processuale e, dunque, alla difficoltà di far penetrare all'interno dei singoli Paesi i valori del diritto comunitario, a fronte di tradizioni giuridiche tra loro diverse. Difatti, come avverte M. RAMAJOLI, *Un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici?*, *op. cit.*, 95 ss., un diritto processuale europeo più che costruirsi attraverso l'uniformazione della disciplina "tecnica" si costruisce attraverso l'attuazione uniforme di valori dominanti che vengono condivisi e dunque entrano a far parte di tutti gli Stati membri dell'Unione Europea. Difatti, conclude l'Autrice che "il diritto europeo sui ricorsi in materia di appalti non apporta solo una tecnica, ma costituisce il mezzo per l'emersione di valori che hanno dimostrato di essere capaci di influenzare le culture giuridiche processuali degli Stati membri, rendendole in questo veramente comuni".

⁹² E poi della direttiva ricorsi 2007/66/CE.

⁹³ Come rilevato *supra* par. 2.2.

⁹⁴ Cfr. sul punto L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea e processo amministrativo italiano: note introduttive*, in *L'impatto del diritto dell'Unione europea sul processo amministrativo*, a cura di C. SCHEPISI, Napoli, 2013, 1 ss.

4. *Analisi del contenuto della direttiva 89/665/CEE.*

Dopo aver esposto le finalità delle direttive ricorsi di prima generazione è necessario passare all'analisi del contenuto delle direttive medesime.

Già nel preambolo della direttiva 89/665/CEE il legislatore comunitario individua i requisiti minimi che caratterizzano un ricorso “efficace e rapido” teso a garantire il rispetto della normativa comunitaria “in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette”⁹⁵.

Difatti, proprio per assicurare un ricorso “efficace e rapido”⁹⁶ il legislatore comunitario del 1989 esige che, considerata la “brevità delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici”⁹⁷, agli organi di ricorso dei singoli Stati membri sia attribuito il potere di adottare misure interinali d'urgenza quando la gara sia ancora *in itinere*, quali la sospensione della procedura medesima o altre decisioni eventualmente assunte dalla stazione appaltante. Inoltre, le violazioni della normativa comunitaria sono contrastate attraverso l'attribuzione alle autorità nazionali decidenti del potere di annullare gli atti illegittimi e la possibilità ai soggetti lesi dalle violazioni di ottenere un indennizzo⁹⁸.

Gli artt. 1 e 2 della direttiva 89/665/CEE⁹⁹ specificano quanto affermato nel preambolo e dalla loro lettura congiunta emergono le ragioni di fondo che hanno spinto il legislatore comunitario ad imporre uno *standard* minimo di tutela che tutti gli Stati membri sono tenuti a rispettare: garantire l'effettività e la pienezza della tutela giurisdizionale all'operatore economico che ha subito una lesione del suo interesse al bene della vita a seguito della violazione della normativa comunitaria e nazionale di recepimento in materia di appalti pubblici¹⁰⁰.

L'effettività della tutela giurisdizionale è garantita non solo attraverso la previsione di “un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile”¹⁰¹, assicurando la parità di trattamento tra le imprese concorrenti e ampliando la legittimazione ad agire a “chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto” “e che sia stato o rischi di essere stato leso a causa di una violazione denunciata”¹⁰²; ma soprattutto attraverso la previsione di una

⁹⁵ II° considerando della direttiva 89/665/CEE.

⁹⁶ III° considerando della direttiva 89/665/CEE.

⁹⁷ V° considerando della direttiva 89/665/CEE.

⁹⁸ Cfr. il VI° considerando della direttiva 89/665/CEE. Come sarà chiarito, l'art. 2, par. 1, lett. c) della direttiva citata si riferisce, più specificatamente, al risarcimento del danno.

⁹⁹ Dalla cui lettura si evince il contenuto della direttiva medesima.

¹⁰⁰ Cfr. più ampiamente M. ACONE, *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: dalla direttiva Cee 89/665 alla legge «comunitaria» per il 1991*, in *Foro it.*, 1992, 323 ss.

¹⁰¹ Art. 1, par. 1, direttiva 89/665/CEE.

¹⁰² Art. 1, par. 3, direttiva 89/665/CEE. Osserva I. FRANCO, *Il contenzioso in materia di gare per gli appalti pubblici di lavori e forniture alla luce della normativa comunitaria*, op. cit., 1432, ravvisa una differenza tra la legittimazione ad agire, così come intesa, rispettivamente, nell'ordinamento italiano e in quello comunitario. Secondo l'Autore, il legislatore comunitario, attribuendo la legittimazione ad agire “a chiunque” non solo “abbia” (e, in tal caso, sicuramente l'interesse ad agire risulta attuale e non potenziale), ma anche “abbia avuto interesse all'aggiudicazione” e “sia stato o rischi di essere stato leso a causa di una violazione denunciata”, esprime la sua preferenza per una giurisdizione amministrativa a carattere oggettivo. Infatti, è legittimato ad agire anche chi non abbia interesse

tutela cautelare che si sostanzia nell'adozione "di provvedimenti provvisori" presi "con la massima sollecitudine e con procedure d'urgenza" "intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti"¹⁰³.

La pienezza della tutela giurisdizionale è assicurata, invece, attraverso l'attribuzione all'autorità giudicante individuata dal singolo Stato membro del potere di annullare gli atti illegittimi¹⁰⁴ adottati dalle stazioni appaltanti e di accordare "a qualsiasi persona lesa da una violazione"¹⁰⁵ il risarcimento del danno subito.

La direttiva ricorsi prevede che il risarcimento dei danni possa essere concesso o in seguito all'annullamento dell'atto illegittimo *ex art. 2, par. 5*¹⁰⁶, ovvero indipendentemente dall'annullamento medesimo in base all'*art. 2, par. 6*¹⁰⁷.

4.1. (Segue) Il recepimento della direttiva ricorsi nell'ordinamento italiano.

La direttiva 89/665/CEE è recepita nel nostro ordinamento con la legge 19 febbraio 1992, n. 142¹⁰⁸ e, in particolare, con l'*art. 13*¹⁰⁹, dedicato alla tutela giurisdizionale. A differenza delle disposizioni della direttiva, molto circostanziate, la normativa italiana di recepimento è piuttosto scarna. Difatti,

all'aggiudicazione, ossia colui che intende contrastare le violazioni del diritto comunitario e, dunque, far valere la legittimità delle procedure di gara, piuttosto che soddisfare il personale interesse ad ottenere l'aggiudicazione. Sembra una concezione che, com'è evidente, si distanzia dall'impostazione strutturale di fondo della giustizia amministrativa italiana ispirata al processo di parti e, dunque, avente carattere soggettivo. Tuttavia, osserva l'Autore, probabilmente l'atteggiarsi dell'interesse ad agire nel senso poc'anzi descritto sembra quasi necessario, dal momento che si tratta di una materia in cui è prevalente l'esigenza di assicurare il rispetto delle norme, troppo spesso soggette ad elusione. È ipotesi invero frequente nella materia considerata che la rigida concezione del processo di parti debba piegarsi "alla troppo incombente esigenza di legalità". In maniera analoga si esprime il XVII° considerando della direttiva 2007/66/CE, per il cui commento si rimanda a M.S. SABBATINI, *La direttiva 2007/66/CE sulle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici: la trasparenza è anche una questione di termini*, in *Dir. comm. int.*, 2008, 147, la quale specifica che sono "requisiti fondanti della legittimazione ad agire: la personalità dell'interesse, il pregiudizio o danno concreto, effettivo ed attuale o il pregiudizio o danno potenziale". Per un'analisi più approfondita delle caratteristiche dell'interesse ad agire nella materia *de qua* si rinvia a quanto sarà spiegato allorquando si discuterà del rito "super-speciale" e, in particolare, dell'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione alla gara d'appalto.

¹⁰³ Art. 2, par. 1, lett. a) della direttiva 89/665/CEE, che specifica quali sono i provvedimenti urgenti da adottare, similmente a quanto già statuito nel V° considerando della medesima direttiva: "compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici".

¹⁰⁴ Ai sensi dell'*art. 2, par. 1, lett. b) e c)* della direttiva 89/665/CEE gli Stati membri devono prevedere poteri che permettano di "(b) annullare o far annullare le decisioni illegittime..."; "(c) accordare un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione".

¹⁰⁵ Cfr. nota precedente.

¹⁰⁶ Secondo l'*art. 2, par. 5*, della direttiva 89/665/CEE: "Gli Stati membri possono prevedere che, se un risarcimento danni viene domandato a causa di una decisione presa illegalmente, per prima cosa l'organo che ha la competenza necessaria a tal fine annulli la decisione contestata".

¹⁰⁷ L'*art. 2, par. 6*, direttiva cit., invece, afferma: "Inoltre, salvo nel caso in cui una decisione debba essere annullata prima della concessione di un risarcimento danni, uno Stato membro può prevedere che, dopo la stipulazione di un contratto in seguito all'aggiudicazione dell'appalto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso si limitino alla concessione di un risarcimento danni a qualsiasi persona lesa da una violazione".

¹⁰⁸ La c.d. legge comunitaria per il 1991.

¹⁰⁹ L'*art. 12* della L. n. 142 del 1992 attiene, invece, alla tutela non giurisdizionale. Per maggiori dettagli cfr. I. FRANCO, *Il contenzioso in materia di gare per gli appalti pubblici di lavori e forniture alla luce della normativa comunitaria*, *op. cit.*, 1433 ss.

il legislatore italiano con l'art. 13 L. cit. si è limitato a recepire l'art. 2, co. 1, lett. c) della direttiva ricorsi, che imponeva agli Stati membri di prevedere una tutela risarcitoria.

Secondo parte della dottrina¹¹⁰ tale scelta è stata determinata dalla consapevolezza che gli altri punti della direttiva fossero già attuati nell'ordinamento italiano, dal momento che non sussistevano dubbi sull'esistenza dei poteri cautelari¹¹¹ e di annullamento, entrambi esercitabili dal giudice amministrativo. Anzi, il potere di annullamento rappresentava il *proprium* del processo

¹¹⁰ I. FRANCO, *Il contenzioso in materia di gare per gli appalti pubblici di lavori e forniture alla luce della normativa comunitaria*, op. cit., 1434 ss.

¹¹¹ Il sistema italiano di giustizia amministrativa già riconosceva, all'art. 21 L. 6 dicembre 1971, n. 1034 (c.d. L. Tar), la c.d. "sospensiva", vale a dire la sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, quale misura cautelare tipica. Avvertono I. FRANCO, op. loc. cit.; G. MONTEDORO, *Verso il diritto comunitario europeo degli appalti: spunti di riflessione in tema di effettività della tutela*, op. cit., 2117 ss., che l'art. 21 L. Tar era una norma stringata e dalla sua interpretazione letterale si evinceva che il suo ambito di applicazione fosse limitato alla concessione della sospensiva ai provvedimenti positivi, ossia quelli restrittivi per la sfera giuridica del destinatario. Pertanto, trovavano completa soddisfazione solo i titolari degli interessi legittimi oppositivi. Si deve, dunque, all'opera della dottrina e, soprattutto, della giurisprudenza amministrativa e costituzionale il merito di aver proposto una lettura adeguatrice dell'art. 21 L. Tar che ha consentito di includere nell'ambito applicativo della norma gli atti negativi (corrispondenti agli atti ampliativi della sfera giuridica del destinatario), nonché di accordare una tutela cautelare anche agli interessi legittimi pretensivi. Quest'ultimi, infatti, non risultavano soddisfatti dalla mera sospensione del provvedimento negativo impugnato, ma necessitavano di un comportamento positivo da parte della p.a. Dunque, attraverso una diversa interpretazione della sospensiva che, come osservato da E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981, 131 ss., non deve essere intesa semplicemente come un divieto di produzione di effetti, ma come uno strumento di produzione degli effetti medesimi, la giurisprudenza amministrativa si evolve nel senso di sospendere anche gli atti a contenuto negativo e, soprattutto, su spinta della Corte costituzionale (sentenza del 28 giugno 1985, n. 190) si aprono le porte alla misura cautelare atipica. Dunque, attraverso una diversa lettura della sospensiva e, soprattutto, attraverso la valorizzazione dell'effetto conformativo derivante dalla sentenza costitutiva di annullamento, la giurisprudenza amministrativa si spinge ad adottare le c.d. ordinanze cautelari propulsive. Quest'ultime non presentano solo una natura conservativa, come tale idonea a dare completa soddisfazione all'interesse legittimo oppositivo, ma sono finalizzate ad impartire alla p.a. veri e propri ordini da ottemperare in sede di riesame del provvedimento, così da soddisfare anche gli interessi legittimi pretensivi. Si pensi, ad esempio, alla concessione del provvedimento cautelare di ammissione con riserva disposto a seguito delle esclusioni illegittime adottate nel corso delle procedure concorsuali, incluse le procedure ad evidenza pubblica. Tali provvedimenti, riconosciuti dalla giurisprudenza amministrativa da tempo, si differenziano dalla concezione tradizionale della sospensiva, di cui ne rappresentano un'evoluzione, in quanto non si tratta di una misura cautelare che impedisce la produzione di effetti, ma consente al ricorrente di essere ammesso nuovamente a concorrere, per quel che qui interessa, alla procedura di gara per avere una possibilità di vincerla. In tale ultimo caso, la misura cautelare non impedisce la produzione di effetti, al contrario ne consente la produzione in senso favorevole per il ricorrente. È ovvio che la misura cautelare è strumentale al giudizio di merito, dunque la vittoria del concorso o della gara si avrà solo con l'accoglimento del ricorso. In tal modo si assicura anche al titolare dell'interesse legittimo pretensivo la possibilità di godere di una tutela cautelare effettiva. In definitiva, anche se gran parte delle innovazioni, dettate dall'effettività della tutela giurisdizionale, intervenute in tema di tutela cautelare sono addebitabili all'opera della giurisprudenza - che, com'è noto, è comunque soggetta ad oscillazioni e, perciò, non è caratterizzata da quella "stabilità" che caratterizza una disposizione legislativa - si deve dare atto dell'esistenza, seppur con tutti i suoi limiti, di un sistema cautelare nell'ordinamento giuridico italiano al momento del recepimento della direttiva ricorsi. Si comprende, pertanto, la scelta del legislatore italiano di non recepire il paragrafo della direttiva 89/665/CEE dedicato alla tutela cautelare, perché si tratta di strumenti processuali già esistenti nell'ordinamento. Tuttavia, come osservava correttamente F. D'OTTAVI, *Il contenzioso in materia di gare per gli appalti di opere pubbliche alla luce della normativa comunitaria*, op. cit., 2451, si trattava comunque di un sistema cautelare legato all'annullamento dell'atto impugnato, in linea con la concezione tradizionale di processo amministrativo come giudizio sull'atto. Pertanto, non si aveva una perfetta corrispondenza con l'art. 2, co. 1, lett. a) della direttiva ricorsi che imponeva al giudice una certa "duttilità che gli consenta di intervenire direttamente sull'amministrazione per poter conformare la fattispecie all'esigenza di giudizialità postulata". Tuttavia, si potrebbe obiettare, al momento del recepimento della direttiva ricorsi già era in corso un nuovo modo di intendere la tutela cautelare, anche se le innovazioni più importanti sono avvenute gradualmente nel corso del tempo. Per una disamina sull'evoluzione della tutela cautelare ad opera della giurisprudenza costituzionale ed amministrativa cfr., di recente, R. RUSSO, *La tutela cautelare*, in *La giurisprudenza della Corte Costituzionale sul processo amministrativo*, a cura di E. FOLLIERI, Bari, 2018, 585 ss.

amministrativo¹¹², che nasce come tipico giudizio cassatorio-demolitorio avente ad oggetto l'annullamento dell'atto illegittimo¹¹³.

In un panorama siffatto rappresentava, senza dubbio, una rilevante novità il riconoscimento, ai sensi dell'art. 13 L. cit., del risarcimento del danno subito dal concorrente pretermesso. Difatti, sino alla storica sentenza della Corte di Cassazione, a sezioni unite, del 1999¹¹⁴, vigeva il dogma dell'irrisarcibilità dei danni derivanti dalla lesione di interessi legittimi¹¹⁵.

Pertanto, l'art. 13 L. cit., anche se limitatamente al settore degli appalti pubblici, segnava un decisivo passo in avanti, in quanto accordando il risarcimento del danno all'impresa-concorrente pretermessa, titolare della posizione di interesse legittimo pretensivo, riconosceva, prima del 1999, la risarcibilità dei danni subiti dal titolare della situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo, fino a quel momento considerata irrisarcibile¹¹⁶.

¹¹² Chiarisce I. FRANCO, *Il contenzioso in materia di gare per gli appalti pubblici di lavori e forniture alla luce della normativa comunitaria*, op. cit., 1435, che non sussiste alcun dubbio sull'esistenza nell'ordinamento italiano del potere di annullamento degli atti di aggiudicazione e delle altre decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici. "Anzi, il potere di annullamento è il *proprium* del giudizio amministrativo nel nostro ordinamento, esplicitandosi i poteri del giudice amministrativo principalmente in tal senso, per quanto meno infrequenti siano divenute, in prosieguo di tempo, le sentenze di condanna e quelle di accertamento, ecc."

¹¹³ Per maggiori dettagli sulla visione tradizionale del processo amministrativo come tipico giudizio cassatorio-demolitorio in cui "campeggia" l'atto amministrativo cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 237. Tuttavia, si tratta di una concezione del processo amministrativo, secondo quanto riferisce M. CLARICH, *La giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2000, 1773, superata da tempo a vantaggio di una diversa visione che considera il sindacato del g.a. non più limitato alla mera verifica della legittimità dell'atto amministrativo, ma capace di spingersi a valutare il rapporto giuridico intercorrente tra il cittadino e la p.a. Come sarà chiarito in seguito, il merito va anche attribuito alla normativa comunitaria in materia di appalti pubblici che ha consentito di ampliare le tecniche di tutela dell'interesse legittimo e, correlativamente, i poteri esercitabili dal g.a., funzionali ad un sindacato a tutto tondo che si estende alla verifica del rapporto dedotto in giudizio. In tal modo, la pretesa del ricorrente può essere soddisfatta nel rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

¹¹⁴ Corte di Cassazione, sez. un., 22 luglio 1999, n. 500. Il ragionamento seguito dalla Suprema Corte per abbattere il dogma dell'irrisarcibilità dei danni derivanti dalla lesione di interessi legittimi è anticipato, anni addietro, da E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1981, 50 ss.

¹¹⁵ L'irrisarcibilità dei danni per lesione di interessi legittimi rappresentava un orientamento consolidato e costante della Corte di Cassazione. Cfr., *ex multis*, Cass., 14 gennaio 1992, n. 367; Id., 3 luglio 1989, n. 3183; Id., 29 marzo 1989, n. 1531. Al contrario, la dottrina era prevalentemente orientata nel senso di riconoscere anche alla situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo la possibilità di ottenere il risarcimento del danno per ingiusta lesione. Cfr., fra gli altri, E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, op. cit., 1 ss.; F. MERUSI, *L'«ingiustizia amministrativa» in Italia*, Bologna, 1986, 24 ss.; F.G. SCOCA, *Contributo alla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, 47 ss.; G. ABBAMONTE, *Sulla risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi: diritto interno e fonti comunitarie*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, 1992, 3 ss. Di contrario avviso era A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 1176 ss., secondo cui il risarcimento del danno doveva essere accordato solo in caso di lesione di diritti affievoliti e di diritti in attesa di espansione.

¹¹⁶ Cfr. sul punto G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2008, 1031, secondo cui "trattandosi inoltre di risarcimento del danno subito dal concorrente pretermesso – che, presso di noi, è accreditato di una posizione di interesse legittimo (pretensivo) e non di diritto soggettivo -, la cennata disciplina", ossia quella dettata dalla normativa comunitaria e nazionale di recepimento sul risarcimento del danno, "ha superato per prima le presunte preclusioni dommatiche che esistevano in materia. Ed ha dato un formidabile impulso alla risarcibilità generale degli interessi legittimi". Sul punto è interessante riportare la posizione espressa da A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1 ss., secondo cui dall'analisi della normativa europea in materia di appalti pubblici si evince che gli interessi delle imprese sono considerati come "veri e propri diritti soggettivi, e non solo come meri interessi legittimi. E il risarcimento dei danni che derivano dalle loro violazioni, conseguentemente, va valutato come risarcimento da lesione di diritti soggettivi e non di interessi legittimi". Sulla stessa linea di pensiero sembra porsi G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La tutela dell'interesse legittimo dopo la sentenza Cass. SS. UU. 500/1999 e la legge*

Tuttavia, attenta dottrina¹¹⁷, all'indomani dell'emanazione della suddetta disposizione, si è chiesta se l'art. 13 L. cit. fosse dotato di una *vis expansiva*, così da risolvere positivamente l'annosa disputa sul riconoscimento, in via generale, del risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, ovvero se il suo ambito di applicazione fosse limitato al processo in materia di appalti pubblici e, pertanto, si dovesse escludere la portata generale della norma.

Secondo la dottrina appena citata l'art. 13 L. cit. non aveva solo una valenza settoriale, ma si atteggiava a principio generale ed assolveva ad una funzione di impulso per la soluzione generale della risarcibilità degli interessi legittimi¹¹⁸. Difatti, l'art. 2, co. 1, lett. c) della direttiva del 1989, recepito in Italia con l'art. 13 L. cit., conteneva un principio molto importante: gli Stati membri avevano il dovere di accordare il risarcimento dei danni subiti da ogni persona per la violazione delle norme comunitarie o nazionali di recepimento¹¹⁹. Dunque, il diritto comunitario, non conoscendo la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, accordava il risarcimento del danno anche a quelle situazioni giuridiche soggettive che nell'ordinamento italiano corrispondevano agli interessi legittimi. Difatti, il legislatore comunitario mirava a prevedere una tutela, nel caso di specie risarcitoria, per tutte le situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto comunitario per il solo fatto di aver subito una lesione, indipendentemente dalla loro qualificazione nel diritto interno¹²⁰.

205/2000, in *La tutela dell'interesse legittimo alla luce della nuova disciplina del processo amministrativo*, a cura di G. CLEMENTE DI SAN LUCA, Torino, 2002, 39 ss., secondo cui la ragione della "ontologica irrisarcibilità" della situazione di interesse legittimo affonda le sue radici "proprio nella (sua) definizione". Difatti, afferma l'Autore "quando è giuridicamente costruito come interesse legittimo", "e non come diritto soggettivo, l'interesse al bene della vita non è mai risarcibile in sé".

¹¹⁷ M. ACONE, *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: dalla direttiva Cee 89/665 alla legge «comunitaria» per il 1991*, op. cit., 325 ss.

¹¹⁸ Oltre a M. ACONE, *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: dalla direttiva Cee 89/665 alla legge «comunitaria» per il 1991*, op. cit., 325 ss., erano di simile avviso G. MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, op. cit., 829 ss.; G. ABBAMONTE, *Sulla risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi: diritto interno e fonti comunitarie*, op. cit., 3 ss.; R. CARANTA, *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per violazioni del diritto comunitario*, nota a Corte CE, Seduta plenaria, 13 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, in *Giur. it.*, 1992, 1184; F. SATTA, *La lesione di interessi legittimi: variazioni giurisprudenziali sull'inammissibilità del risarcimento e principi comunitari*, in *Giur. it.*, 1992, 1795 ss. Si esprimevano in senso contrario V. CARBONE, *La risarcibilità della lesione di interessi legittimi*, in *Corr. giur.*, 1994, 579 ss., il quale riteneva che l'ambito di applicazione dell'art. 13 L. cit. fosse limitato al settore dei contratti pubblici.; P.G. FERRI, *La tutela risarcitoria del diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 1261 ss., secondo cui l'interesse legittimo era qualitativamente differente rispetto alle "posizioni soggettive derivate dal diritto comunitario". Sulla stessa corrente di pensiero si poneva G. GRECO, *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in materia di appalti di lavori pubblici*, op. cit., 20, secondo cui il legislatore italiano, e a monte la direttiva comunitaria, non avevano introdotto un'ipotesi di risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, poiché "il testo della direttiva è (era) diverso e più generico rispetto all'originaria proposta, che prevedeva che fosse accordato alla parte lesa il risarcimento dei danni «subiti per spese di studi inutili, mancato profitto e occasioni perdute». (Si tratta della proposta 87/C230/05, presentata dalla commissione al consiglio il 1 luglio 1987 e pubblicata nella G.U.C.E. il 21 agosto 1987).

¹¹⁹ L'art. 13, co. 1, L. n. 142 del 1992, così recitava: "I soggetti che hanno subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori, di forniture o delle relative norme interne di recepimento possono chiedere all'amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno".

¹²⁰ M. ACONE, *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: dalla direttiva Cee 89/665 alla legge «comunitaria» per il 1991*, op. cit., 334 ss., chiarisce che il diritto comunitario proprio perché non conosce gli interessi legittimi "non solo in questo caso, ma anche in altri assai numerosi", "la loro violazione sarà accompagnata

Dunque, chiarito che l'art. 13 L. cit. aveva introdotto nell'ordinamento italiano un'ipotesi di risarcibilità dei danni per lesione di interessi legittimi, a parere della summenzionata dottrina non si trattava di una novità circoscritta alla materia degli appalti pubblici, bensì di un principio generale estensibile all'intero il processo amministrativo¹²¹. Le motivazioni¹²² utilizzate a sostegno della suesposta tesi erano le seguenti: si registrava una violazione del principio di uguaglianza, sancito all'art. 3 Cost., per disparità di trattamento, poiché la medesima situazione giuridica soggettiva (di interesse legittimo) era tutelata in maniera differente, riconoscendola risarcibile per gli appalti disciplinati dalla normativa comunitaria e non risarcibile per i settori regolati dal diritto nazionale che non rientravano, per valore economico, nell'ambito di applicazione della disciplina comunitaria¹²³.

L'art. 2, co. 1, lett. c) della direttiva in esame faceva parte di quella serie di disposizioni comunitarie che hanno progressivamente determinato la diffusione di posizioni soggettive protette dal diritto comunitario e considerate risarcibili, tuttavia non riconducibili nell'ordinamento italiano al diritto

immancabilmente dal diritto, oltre che alla tutela reintegratoria, a quella risarcitoria. Ed è proprio in questo ordine di idee che l'interprete nazionale deve collocarsi con riferimento a tutte le posizioni soggettive protette dal diritto comunitario". Secondo l'Autore la progressiva crescita di situazioni soggettive protette dal diritto comunitario, la cui lesione comportava l'ottenimento della tutela risarcitoria, avrebbe sortito l'effetto di limitare "sempre di più il campo di applicazione di regole, quale quella della irrisarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi, se non (fosse diventata) diverrà perentoria la necessità di eliminare una così evidente ingiustificata disparità di trattamento". Sono queste le considerazioni svolte dall'Autore per obiettare alla tesi di chi sosteneva che la direttiva 89/665/CEE e la norma italiana di recepimento (art. 13 L. cit.) non avessero introdotto un'ipotesi di risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi.

¹²¹ Illuminanti sono le parole di F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 284, il quale condivide la tesi sostenuta anni prima da M. ACONE, *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: dalla direttiva Cee 89/665 alla legge «comunitaria» per il 1991*, op. cit., 325 ss., secondo cui l'art. 13 L. cit. aveva introdotto il principio generale della risarcibilità dei danni per lesione di interesse legittimo. A parere dell'Autore anche se la direttiva 89/665/CEE e l'art. 13 L. cit. avevano un ambito di applicazione limitato al settore degli appalti pubblici, l'innovativo principio da essi introdotto aveva ormai "frantumato il tabù" dell'irrisarcibilità dei danni per lesione di interessi legittimi, dal momento che "nella consolidata concezione italiana, prima della stipula del contratto, e quindi nella fase della sua formazione, il contraente privato è titolare solo di interessi legittimi. Pertanto il diritto comunitario imponeva la risarcibilità di situazioni soggettive aventi, nel nostro ordinamento, natura di interessi legittimi".

¹²² M. ACONE, *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: dalla direttiva Cee 89/665 alla legge «comunitaria» per il 1991*, op. cit., 336, dopo aver chiarito che la normativa comunitaria e nazionale di recepimento hanno introdotto un'ipotesi di risarcibilità dei danni per lesione di interessi legittimi, intende superare anche un'altra obiezione che "si colloca in un ambito concettuale diverso". La tesi che l'Autore intende confutare parte dall'assunto che la direttiva 89/665/CEE introduce nell'ordinamento italiano un'ipotesi di risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi, ma "nega che essa possa, data la specialità del settore degli appalti pubblici, valutarsi come espressione di principio generale". Le motivazioni utilizzate dall'Autore per confutare tale orientamento sono riportate nel testo della presente trattazione.

¹²³ Afferma, efficacemente, sul punto M. ACONE, *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: dalla direttiva Cee 89/665 alla legge «comunitaria» per il 1991*, op. loc. cit., "Già appare assai arduo pensare che la Corte costituzionale possa sostenere che il risarcimento, ammesso per gli appalti disciplinati dalla normativa comunitaria, resti invece escluso per quelli che sono regolati dalle norme del diritto interno" solo perché hanno un valore economico di poco inferiore allo *standard* che consente l'applicazione della disciplina comunitaria. Ciò è a *fortiori* non accettabile in un ordinamento come il nostro in cui vige il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost. Pertanto, "la forza «espansiva» del principio contenuto nella direttiva – ed ora recepito con l'art. 13, co. 1, della legge n. 142 del 1992 – non è pensabile che possa essere in alcun modo evitata ed esigerà un generale ripensamento del tema dell'irrisarcibilità dei danni per lesione di interessi legittimi".

soggettivo, ma qualificabili come interesse legittimo¹²⁴. Pertanto, l'art. 13 L. cit. obbligava, secondo la dottrina citata, ad un ripensamento della granitica giurisprudenza sull'irrisarcibilità dei danni per lesione di interessi legittimi, per cui la disposizione *de qua* travalicava i limiti del settore dei contratti pubblici e doveva essere riconosciuta come principio generale¹²⁵.

Tali conclusioni sono in linea con quanto sostenuto da autorevole dottrina¹²⁶ secondo cui il problema dell'irrisarcibilità del pregiudizio subito dalla posizione di interesse legittimo non deriva dalla volontà di diversificare ontologicamente due situazioni giuridiche soggettive di cui fosse titolare il cittadino nei confronti della p.a., ma nell'impedire al diritto soggettivo e all'interesse legittimo di essere dotati di mezzi giudiziari che assicurassero la medesima tutela. In questo senso, la dottrina menzionata, sperava che l'art. 13 L. cit., già in epoca precedente alla famosa sentenza della Corte di Cassazione, potesse funzionare da catalizzatore nel risolvere positivamente l'annosa questione del riconoscimento del risarcimento del danno anche all'interesse legittimo.

Difatti, è come se l'art. 13 L. cit. esprimesse un principio generale secondo cui tutte le situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto comunitario, se lese, avevano diritto al risarcimento del danno e, dunque, anche quelle situazioni che per l'ordinamento italiano erano qualificabili come interesse legittimo¹²⁷. Inoltre, se si accordava il risarcimento del danno ad una situazione giuridica

¹²⁴ È un concetto che M. ACONE, *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: dalla direttiva Cee 89/665 alla legge «comunitaria» per il 1991*, op. cit., 337, ha già espresso, ma che ribadisce per confutare anche la seconda obiezione: la progressiva diffusione di situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto comunitario, a cui si associa, inevitabilmente, una tutela risarcitoria, determinerebbe una ingiustificata disparità di trattamento qualora alla situazione giuridica soggettiva tutelata su base comunitaria (risarcibile) dovesse corrispondere la posizione di interesse legittimo, considerata da giurisprudenza consolidata, irrisarcibile. In tal caso si registrerebbe una violazione dell'art. 3 Cost., in quanto la stessa posizione soggettiva sarebbe riconosciuta risarcibile dal diritto comunitario ed irrisarcibile per il diritto interno.

¹²⁵ Difatti, chiarisce M. ACONE, *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: dalla direttiva Cee 89/665 alla legge «comunitaria» per il 1991*, op. loc. cit., che disposizioni come l'art. 13 L. cit. non possono essere considerate "come pure e semplici manifestazioni legislative settoriali, perché, a ben riflettere, rappresentano espressioni del cambiamento del sistema giuridico interno a causa dell'influenza del diritto comunitario". "Di qui la loro forza «espansiva» e la loro carica «innovativa»: affermando il diritto al risarcimento del danno causato dall'inosservanza delle norme comunitarie e nazionali di recepimento nelle procedure di appalto di opere pubbliche, la direttiva in esame, e ora l'art. 13, pongono in crisi, non solo nel settore degli appalti, ma in sede generale, il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale, per quanto riguarda i pregiudizi causati dal comportamento dell'amministrazione pubblica si ha «danno ingiusto», come tale risarcibile, soltanto in caso di lesione di diritti soggettivi".

¹²⁶ G. ABBAMONTE, *Sulla risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi: diritto interno e fonti comunitarie*, op. cit., 43, sosteneva che "il difetto del sistema non sta tanto nell'aver diversificato le situazioni del cittadino in rapporto alla pubblica amministrazione, ma nell'aver creato dei mezzi giudiziari che non consentono una tutela adeguata degli interessi del cittadino cui il diritto sostanziale accorda rilevanza giuridica". In senso analogo si esprimeva F.G. COCA, *Interessi protetti (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989, 20, secondo cui "della arretratezza del sistema delle tutele non è peraltro responsabile l'interesse legittimo. Se al posto dell'interesse legittimo si collocasse il diritto soggettivo, le lacune e le inefficienze di tutela nei confronti del comportamento (commissivo ed omissivo) dell'amministrazione resterebbe integralmente". Aggiunge sul punto M. ACONE, *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: dalla direttiva Cee 89/665 alla legge «comunitaria» per il 1991*, op. loc. cit., che, difatti, gli studi fatti all'epoca per risolvere il problema generale del risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, facevano leva proprio sulla necessità di adeguare i mezzi di tutela a disposizione delle due principali situazioni giuridiche soggettive, piuttosto che eliminare la differenza ontologica tra esse esistente.

¹²⁷ Interessanti sul punto sono le considerazioni espresse da F. SATTA, *La lesione di interessi legittimi: variazioni giurisprudenziali sull'inammissibilità del risarcimento e principi comunitari*, op. cit., 1795 ss., secondo cui il principio

soggettiva protetta dal diritto comunitario, stessa tutela doveva riconoscersi alle posizioni soggettive ad essa equiparabili protette a livello nazionale, pena la violazione dell'art. 3 Cost.

In definitiva, anche se si deve attendere la sentenza del 1999 della Corte di Cassazione per cambiare orientamento, non può sottacersi che un'importante spinta nella direzione del riconoscimento del risarcimento del danno anche per la posizione giuridica di interesse legittimo è da attribuirsi alla forza propulsiva dell'art. 13 L. cit.

4.1.1. (Segue) Le difficoltà pratiche incontrate dal ricorrente per ottenere il risarcimento del danno.

Tuttavia, non mancavano voci in dottrina¹²⁸ che sottolineavano che la formulazione dell'art. 13 L. cit. rendesse difficile ottenere, in concreto, il risarcimento del danno. Difatti, l'art. 13, co. 2, L. cit. stabiliva che: “La domanda di risarcimento è proponibile dinanzi al giudice ordinario da chi ha ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo con sentenza del Giudice amministrativo”. Dunque, dando attuazione ad una opzione espressamente prevista dalla direttiva del 1989 (art. 2, par. 5), il legislatore italiano conferma la c.d. pregiudiziale amministrativa¹²⁹.

In realtà la suddetta disposizione non è stata recepita correttamente nell'ordinamento italiano, in quanto il legislatore nazionale, invece di prevedere un'ipotesi di giurisdizione esclusiva, legittimata secondo attenta dottrina¹³⁰ dalla stessa direttiva ricorsi, costringeva l'impresa-ricorrente ad adire

introdotto dapprima dalla direttiva 89/665/CEE e, successivamente, dall'art. 13 L. n. 142 del 1992, rappresenta un principio “di rottura del sistema italiano sulla responsabilità civile della pubblica amministrazione” così come era stato costruito dalla secolare giurisprudenza della Corte di Cassazione. “La normativa comunitaria insomma ha costretto il legislatore italiano a riconoscere ciò che la Cassazione aveva sempre fermamente e quasi orgogliosamente negato: che l'esercizio di poteri discrezionali non è motivo sufficiente per dequalificare il danno provocato dall'azione dell'Amministrazione; che, insomma, anche se subito in relazione alla lesione di ‘interessi legittimi’, un danno può essere ingiusto, provocato da condotta dolosa o colposa, e quindi deve essere risarcito”.

¹²⁸ F. D'OTTAVI, *Il contenzioso in materia di gare per gli appalti di opere pubbliche alla luce della normativa comunitaria*, op. cit., 2452 ss.; G. MONTEDORO, *Verso il diritto comunitario europeo degli appalti: spunti di riflessione in tema di effettività della tutela*, op. cit., 2122.

¹²⁹ Cfr. sul punto G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, op. cit., 1031.

¹³⁰ Secondo G. MONTEDORO, *Verso il diritto comunitario europeo degli appalti: spunti di riflessione in tema di effettività della tutela*, op. cit., 2122, il recepimento dell'art. 2, par. 5, della direttiva 89/665/CEE ad opera dell'art. 13 L. cit. “è discutibile ed imperfetto”, in quanto costringe il ricorrente ad adire due ordini giudiziari diversi, invece di “prevedere un'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in *subiecta materia*”, tra l'altro, legittimata, a parere dell'Autore, dalla stessa normativa comunitaria. Difatti, l'art. 2, par. 5, della direttiva ricorsi, prevedeva che l'organo competente dovesse annullare l'atto illegittimo prima di concedere il risarcimento del danno. Questa opzione è stata recepita nell'ordinamento italiano, ma in maniera imperfetta, in quanto la direttiva sembrava prescrivere che lo stesso organo deputato ad annullare l'atto lesivo avesse anche il potere di risarcire il danno. Tuttavia, in Italia il giudice che aveva il potere di annullare l'atto amministrativo era il giudice amministrativo e quello deputato a risarcire il danno il giudice ordinario. Dunque, essendo precluso al g.o. di annullare gli atti amministrativi, ma poteva solo accordare il risarcimento del danno, era plausibile che la direttiva imponesse in Italia la previsione della giurisdizione esclusiva del g.a. (l'unico che aveva il potere di annullare l'atto lesivo) per le controversie in materia di appalti pubblici, in modo che l'impresa-ricorrente potesse rivolgersi al g.a. per ottenere sia l'annullamento dell'atto illegittimo che il risarcimento del danno, senza essere costretta ad adire due organi giudiziari differenti. In altri termini, poiché la direttiva imponeva all'art. 2, par. 5, di annullare previamente l'atto amministrativo e tale potere in Italia era attribuito al g.a. e non al g.o., dal momento che il primo *step* necessario per ottenere il risarcimento del danno era l'annullamento dell'atto illegittimo

dapprima il g.a. e poi il g.o., con la conseguenza che la sommatoria delle lungaggini dei giudizi civile ed amministrativo determinava il molto probabile effetto di dissuadere l'impresa-ricorrente dal chiedere il risarcimento del danno. In altri termini, l'ipotesi della doppia giurisdizione, rendendo vana la possibilità di ottenere il risarcimento del danno, non consentiva di raggiungere l'effetto utile della direttiva ricorsi, coincidente con il rispetto dell'effettività della tutela giurisdizionale¹³¹.

In definitiva, la direttiva ricorsi si era limitata ad imporre agli Stati membri di prevedere strumenti idonei a garantire una rapida ed efficace tutela cautelare, caducatoria e risarcitoria. Tuttavia, non si era preoccupata di chiarire la sorte del contratto eventualmente stipulato dall'originario aggiudicatario a seguito dell'annullamento dell'atto di aggiudicazione, rimettendo completamente la soluzione alle valutazioni discrezionali dei singoli Stati membri¹³².

Dal canto suo il legislatore italiano "pecca(va) di omissione"¹³³, in quanto non stabiliva gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto eventualmente stipulato, dunque, non recepiva quanto prescritto dall'art. 2, par. 6, della direttiva ricorsi, ma addossava l'arduo compito di colmare la grave lacuna alla dottrina e alla giurisprudenza nazionale¹³⁴.

risultava più opportuno che lo stesso organo che provvedesse a caducare l'atto fosse anche deputato a risarcire il danno, pena la difficoltà per l'impresa ricorrente di ottenere in concreto il risarcimento. Le critiche mosse dalla dottrina citata non restano inascoltate nel corso degli anni, infatti l'art. 6 della legge 21 luglio 2000, n. 205 attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture...". L'art. 6 L. n. 205 del 2000 ha un ambito di applicazione più ampio rispetto all'art. 33, co. 2, D.lgs. n. 80 del 1998 nella sua originaria formulazione: mentre quest'ultimo attribuiva la giurisdizione esclusiva al g.a. limitatamente agli appalti pubblici di lavori servizi e forniture, strumentali a pubblici servizi, l'art. 6 L. cit. fa riferimento a tutte le tipologie di appalto. Per maggiori dettagli sull'argomento cfr. F. CARINGELLA, *La giurisdizione esclusiva del G.A. in materia di appalti pubblici dopo la legge 205/2000*, in *Urb. e app.*, 2001, 70 ss. Il successivo art. 7, invece, attribuisce al giudice amministrativo, in sede esclusiva, il potere di concedere il risarcimento del danno, eliminando il problema della doppia giurisdizione ancora vigente anche dopo il riconoscimento, ad opera della storica sentenza della Corte di Cassazione del 1999, del risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi. Difatti, il giudice deputato a risarcire il danno derivante dalla lesione di interessi legittimi era ancora il giudice ordinario, così la legge n. 205 del 2000 supera questo problema attribuendo tale potere al giudice amministrativo. Per una completa analisi delle suddette problematiche cfr. V. FANTI, *Tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse legittimo innanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo*, Milano, 2006.

¹³¹ Garantita alle situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto comunitario.

¹³² Difatti l'art. 2, par. 6, della direttiva 89/665/CEE così disponeva: "Gli effetti dell'esercizio dei poteri di cui al paragrafo 1 sul contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione dell'appalto sono determinati dal diritto nazionale".

¹³³ Così I. FRANCO, *Il contenzioso in materia di gare per gli appalti pubblici di lavori e forniture alla luce della normativa comunitaria*, op. cit., 1436, il quale afferma: "quanto agli effetti dell'annullamento sul contratto che è stato nelle more stipulato (per la cui disciplina l'art. 2 comma 6 della direttiva lasciava spazio al diritto nazionale), si deve, ancora una volta, lamentare la carenza di regole dettagliate; anzi il legislatore interno pecca di omissione, ancora prima, nella delimitazione della fattispecie astratta nei suoi vari aspetti e nella relativa regolamentazione".

¹³⁴ Cfr. più ampiamente G. GRECO, *Il sistema comunitario degli appalti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 1339, il quale osserva che la direttiva ricorsi all'art. 2, par. 6, aveva demandato agli Stati membri il compito di determinare la sorte del contratto a seguito dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione. Tuttavia, il legislatore italiano non ha stabilito nulla in proposito ed ha a sua volta addossato la risoluzione di un aspetto così delicato alla dottrina e alla giurisprudenza. ID., *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, op. cit., 1031, il quale chiarisce che il fiorire delle numerose teoriche dottrinali sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione è determinato dall'attribuzione al giudice amministrativo, in sede esclusiva, del potere di condannare la p.a. al risarcimento del danno. Difatti, afferma l'Autore, "è in tale contesto che il Giudice amministrativo non si è più solo limitato a pronunciarsi sull'annullamento dell'aggiudicazione, ma si è interrogato sempre più spesso sulla sorte del contratto, anche per poter decidere sul

5. Le ragioni della revisione delle primigenie direttive ricorsi. L'adozione della direttiva ricorsi di seconda generazione (2007/66/CE).

Dall'analisi condotta sino a questo punto emerge la volontà del legislatore comunitario di garantire, attraverso le primigenie direttive ricorsi, strumenti giurisdizionali (e non) rapidi ed efficaci in tutti gli Stati membri della Comunità. Tuttavia, la Commissione europea, all'esito di un'attività di consultazione¹³⁵, ha verificato che le direttive *de quibus* non avevano raggiunto gli obiettivi previsti e che fosse pertanto necessario procedere alla loro revisione.

Difatti, la Commissione aveva constatato un *deficit* in termini di effettività della tutela giurisdizionale, dal momento che i rimedi predisposti dagli ordinamenti nazionali non erano “sempre tali da consentire di correggere in modo efficace e rapido le violazioni del diritto comunitario degli appalti pubblici”¹³⁶ specialmente “in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette”¹³⁷ e, inoltre, l'efficacia di detti rimedi variava notevolmente da uno Stato membro all'altro, determinando un'applicazione non uniforme delle direttive, ostativa all'apertura del mercato degli appalti pubblici alla libera concorrenza¹³⁸.

A ciò si aggiungeva la necessità di recepire i principi elaborati dalla Corte di Giustizia nella direzione dell'effettività della tutela¹³⁹, nonché di rafforzare le garanzie di trasparenza e di non

risarcimento del danno (in forma specifica o per equivalente). Da qui, persistendo l'assenza di una disciplina generale in proposito, tutto un fiorire di teorie e conclusioni sulla sorte, appunto, del contratto”.

¹³⁵ La necessità di revisionare le direttive ricorsi di prima generazione è emersa nel corso del processo di consultazione iniziato nel 2003 dalla *DG International Market and services*. I risultati di tale attività sono stati inseriti nel report che valutava l'impatto prodotto dalle direttive *de quibus* sugli ordinamenti degli Stati membri, ossia l'*Impact assessment report – Remedies in the field of public procurement*, SEC (2006) 557, Bruxelles, 4 maggio 2006, allegato alla proposta di revisione delle primigenie direttive ricorsi.

¹³⁶ Così si legge nella “*Consultazione preliminare delle autorità aggiudicatrici in vista dell'avvio del processo di revisione delle direttive relative ai ricorsi nel settore degli appalti pubblici*”, Commissione europea, DG Mercato interno, Unità D1 – Appalti Pubblici.

¹³⁷ III° considerando della direttiva 2007/66/CE, ove si spiegano le motivazioni che hanno indotto il legislatore comunitario a revisionare le precedenti direttive ricorsi: “Le consultazioni delle parti interessate”, *ergo* l'attività consultiva avviata dalla Commissione europea a cui si è fatto cenno nelle note precedenti, “e la giurisprudenza della Corte di Giustizia hanno evidenziato una serie di lacune nei meccanismi di ricorso esistenti negli Stati membri. A causa di tali carenze i meccanismi di cui alle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE non permettono sempre di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie, soprattutto in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette. Di conseguenza le garanzie di trasparenza e di non discriminazione che costituiscono l'obiettivo di tali direttive dovrebbero essere rafforzate per garantire che la Comunità nel suo complesso benefici pienamente degli effetti positivi dovuti alla modernizzazione e alla semplificazione delle norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, operate dalle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE. È opportuno quindi modificare le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE aggiungendo le precisazioni indispensabili per raggiungere i risultati perseguiti dal legislatore comunitario”.

¹³⁸ Difatti, com'è stato già chiarito relativamente alle direttive ricorsi 89/665/CEE e 92/13/CEE, la variazione in termini di efficacia dei rimedi giurisdizionali da uno Stato membro all'altro ha l'effetto di dissuadere le imprese comunitarie dal partecipare alle gare d'appalto indette in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza o, comunque, che non preveda rimedi effettivamente rapidi ed efficaci. Per questo motivo è necessaria un'uniforme applicazione delle direttive comunitarie in tutta la Comunità.

¹³⁹ Da garantire soprattutto attraverso la predisposizione di strumenti tesi a contrastare le violazioni riscontrate nella fase propedeutica alla stipula del contratto, ove è ancora possibile correggere i vizi dedotti. Si pensi ai principi elaborati da Corte di Giustizia, 29 ottobre 1999, causa C-81/98, *Alcatel Austria AG e a., Siemens AG Österreich Sag-Schrack Anlagentechnik AG c. Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr*; Id., 24 giugno 2004, causa C-212/02, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica d'Austria*; Id., 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall-und Energieverwertungsanlage TREA*

discriminazione per dare effettiva applicazione alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici¹⁴⁰, possibile solo attraverso il miglioramento dell'efficacia dei rimedi giurisdizionali in materia di appalti pubblici.

Dunque, la Commissione europea aveva verificato che gli strumenti di tutela disciplinati dalle direttive ricorsi di prima generazione non fossero efficaci ed effettivi, in quanto sia i rimedi *pre-contrattuali*¹⁴¹ che *post-contrattuali*¹⁴² non erano riusciti ad evitare la prassi della c.d. *race to signature* e degli affidamenti diretti illegittimi¹⁴³.

La *race to signature* consiste nella corsa della stazioni appaltanti, a seguito dell'adozione dell'atto di aggiudicazione definitiva, alla stipula del contratto con l'originario aggiudicatario. L'assenza di un termine sospensivo sostanziale successivo all'emanazione del provvedimento di aggiudicazione che impedisse alla stazione appaltante di stipulare il contratto con l'originario aggiudicatario, in modo da consentire all'operatore economico interessato di valutare se proporre ricorso giurisdizionale; nonché di un ulteriore periodo sospensivo che operasse automaticamente a seguito della proposizione del ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, comportava la prosecuzione della procedura sino alla stipula del contratto in modo da rendere irreversibili gli effetti dell'eventuale aggiudicazione illegittima ed insoddisfatte le pretese del ricorrente.

Leuna. Nella prima pronuncia il giudice europeo deduce dalla lettura degli artt. 1 e 2, par. 1, lett. b) della direttiva 89/665/CEE l'obbligo per gli Stati membri di stabilire un termine tra la decisione di aggiudicazione di un appalto e la sottoscrizione del contratto, che consenta al ricorrente di poter esperire utilmente il ricorso, considerando irrilevante che la direttiva ricorsi non lo abbia espressamente previsto. Nella seconda, la Corte di Giustizia invita a prevedere strumenti idonei ad assicurare una tutela giurisdizionale completa, efficace ed effettiva, quale l'obbligo per la stazione appaltante di informare i concorrenti dell'adozione della decisione di aggiudicazione e di stabilire un termine sufficiente per consentire al partecipante medesimo di valutare la possibilità di proporre ricorso per poter eventualmente chiedere la concessione di misure cautelari. Nella terza, il giudice europeo anticipa la possibilità di presentare ricorso a partire dal momento in cui la stazione appaltante manifesti la volontà di iniziare una procedura di gara senza che sia necessario attendere un atto formale di messa in concorrenza. Dunque, come rileva M.S. SABBATINI, *La direttiva 2007/66/CE sulle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici: la trasparenza è anche una questione di termini*, *op. cit.*, 140, in tale ultimo caso "la Corte estende la garanzia di tutela anche alle decisioni adottate al di fuori di una formale procedura di affidamento di appalto" "con il veto agli Stati membri di subordinare la possibilità di ricorso al fatto che la procedura in questione abbia formalmente raggiunto una fase determinata".

¹⁴⁰ Come si intuisce dalla lettura del III° considerando della direttiva 2007/66/CE il legislatore comunitario, una volta riscontrata l'assenza di rimedi efficaci volti a contrastare effettivamente le violazioni della normativa comunitaria nella fase che precede la stipula del contratto, invita a potenziare le regole sulla trasparenza e sulla parità di trattamento per consentire un'effettiva applicazione della nuova normativa sostanziale sugli appalti pubblici introdotta dalle direttive del 2004. Si avverte la necessità di rafforzare le regole sulla trasparenza e, dunque, di creare regole chiare e, di conseguenza, mezzi efficaci per assicurarne la corretta applicazione. In questo senso "la forza del principio di trasparenza è direttamente proporzionale alla disponibilità di mezzi di ricorso efficaci e rapidi". Cfr. sul punto M.S. SABBATINI, *La direttiva 2007/66/CE sulle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici: la trasparenza è anche una questione di termini*, *op. loc. cit.*

¹⁴¹ Ci si riferisce ai rimedi precontrattuali diretti a prevenire la violazione della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici e dunque, *in primis*, alla tutela cautelare. Cfr. sull'argomento A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, in *Urb. e app.*, 2010, 638.

¹⁴² *Id est* il risarcimento del danno. Cfr. ancora sul punto A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, *op. loc. cit.*

¹⁴³ Per maggiori dettagli sul sistema sanzionatorio predisposto dalla direttiva 2007/66/CE per contrastare gli affidamenti diretti illegittimi cfr. *infra* paragrafo 5.2.

Più nello specifico, poiché la proposizione del ricorso giurisdizionale con contestuale domanda cautelare non aveva l'effetto di sospendere automaticamente l'efficacia del provvedimento impugnato¹⁴⁴, la stazione appaltante poteva stipulare il contratto con l'originario aggiudicatario anche nelle more del giudizio proposto dall'impresa ricorrente¹⁴⁵, non prevedendo la legge alcun termine in cui la stipula fosse vietata. Di conseguenza, anche qualora il giudice avesse accolto il ricorso, la sentenza favorevole non sarebbe stata di alcuna utilità sostanziale per il ricorrente¹⁴⁶, in quanto gli effetti del provvedimento di aggiudicazione illegittima erano ormai diventati irreversibili e al ricorrente medesimo non erano riconosciuti mezzi giurisdizionali idonei a garantire la soddisfazione in forma specifica dell'appalto.

In altri termini, il ricorrente vittorioso poteva ottenere solo il risarcimento del danno per equivalente¹⁴⁷, giammai la soddisfazione dell'interesse al bene della vita anelato, *id est* l'aggiudicazione dell'appalto, la stipula del contratto e l'esecuzione dell'appalto.

Come accennato, un'altra carenza riscontrata dalla Commissione europea consisteva nell'assenza di meccanismi idonei a contrastare la prassi degli affidamenti diretti illegittimi, considerati dalla Corte di Giustizia "la violazione più grave del diritto comunitario degli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice o di un ente aggiudicatore"¹⁴⁸.

Dunque, le lacune riscontrate rendevano necessario per il legislatore comunitario avviare un processo di revisione delle precedenti direttive ricorsi culminato nell'adozione della c.d. direttiva ricorsi di seconda generazione (2007/66/CE)¹⁴⁹, che dettava regole più dettagliate e puntuali per rendere effettivamente i rimedi nazionali rapidi ed efficaci.

¹⁴⁴ È noto che nel rito ordinario, salvo che la legge non disponga diversamente, la proposizione del ricorso giurisdizionale non sospende l'efficacia dei provvedimenti impugnati. Inoltre, anche qualora il ricorrente chieda l'applicazione di una misura cautelare nelle more del giudizio cautelare il provvedimento impugnato continua a produrre i suoi effetti e non è precluso alla p.a. di dare esecuzione all'atto medesimo. Trasponendo tale discorso nella materia degli appalti pubblici ne consegue la possibilità per la stazione appaltante di addivenire alla stipula del contratto ad una distanza temporale minima dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione, finanche in caso di proposizione del ricorso unitamente alla richiesta di applicazione della misura cautelare, non essendo previsto alcun periodo sospensivo (né successivamente all'adozione del provvedimento di aggiudicazione e né a seguito della proposizione del ricorso) che impedisse alla stazione appaltante di stipulare il contratto con l'originario aggiudicatario, rendendo irreversibili gli effetti dell'aggiudicazione illegittima.

¹⁴⁵ Che, solitamente, era la seconda graduata.

¹⁴⁶ Difatti, la pronuncia giurisdizionale potrebbe giungere in un momento in cui non sarebbe di alcuna utilità per il ricorrente, ossia quando il contratto sia già stato stipulato. In tal caso, il ricorrente, che anelava all'aggiudicazione dell'appalto e alla conseguente stipula del contratto in sostituzione dell'originario aggiudicatario otterrebbe una mera vittoria di Pirro.

¹⁴⁷ Osservano A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, op. cit., 638 ss., che, tra l'altro, non era assolutamente facile per le imprese ricorrenti ottenere il risarcimento del danno, dal momento che in tutti gli Stati membri della Comunità la responsabilità della p.a. era subordinata alla prova della c.d. spettanza del contratto. "Cosa tutt'altro facile da provare, come del resto dimostra il sofferto dibattito italiano sul tema. La corsa alla stipula del contratto ha limitato, pertanto, la tutela degli offerenti non aggiudicatari, i quali si sono sentiti scoraggiati nell'adire le vie giurisdizionali".

¹⁴⁸ XIII° considerando della direttiva ricorsi 2007/66/CE.

¹⁴⁹ Si tratta della direttiva "del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici". In dottrina cfr. G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità*

L'intenzione del legislatore comunitario consisteva nel potenziare gli strumenti di tutela preventiva che intervenivano nella fase precedente alla stipula del contratto¹⁵⁰ per consentire al partecipante alla gara pretermesso di esperire un ricorso effettivo ed efficace, non potendo essere definito tale un ricorso che avesse solo risultati risarcitori; e, nello stesso tempo, assicurare una maggiore partecipazione delle imprese comunitarie alle gare d'appalto grazie all'esistenza di un sistema processuale in grado di contrastare efficacemente le violazioni della normativa comunitaria e nazionale di recepimento.

In altri termini, l'effetto utile della direttiva comunitaria coincideva con la garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale dell'impresa ricorrente e con la garanzia di un'effettiva applicazione della normativa comunitaria che mirava alla creazione di un mercato comune europeo ispirato al principio della libera concorrenza tra tutti i partecipanti alla gara, in condizioni di parità e trasparenza.

Dunque, la scelta del legislatore comunitario di introdurre meccanismi idonei a potenziare i rimedi attivabili durante la fase propedeutica alla sottoscrizione del contratto deriva dalla constatazione che le maggiori carenze riscontrate attenevano proprio a tale fase, l'unica, tra l'altro, per cui fosse ancora possibile "correggere" le violazioni della normativa comunitaria¹⁵¹.

Per tali ragioni il legislatore comunitario decide di adottare la direttiva 2007/66/CE "che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici"¹⁵². Già dal titolo della

comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti, op. cit., 1040 ss., il quale sottolinea che si tratta di una delle poche direttive "basate esclusivamente sull'art. 95 del Trattato CE e, dunque, di una Direttiva che, in quanto opera da strumento di armonizzazione e ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri, contribuirà a fornire un impulso significativo al processo di formazione del c.d. diritto amministrativo comune europeo, che allo stato attuale risulta solo abbozzato".

¹⁵⁰ L'idea principale era quella di migliorare le procedure di ricorso esistenti potenziando i rimedi che intervengono nella fase precedente alla stipula del contratto, in quanto si tratta di una fase in "cui le violazioni possono ancora essere corrette", pertanto gli effetti lesivi sono ancora reversibili. In tal modo, si dà effettiva applicazione alla normativa comunitaria, poiché si correggono, attraverso i ricorsi giurisdizionali, le violazioni che attengono alla disciplina sostanziale in materia di pubblici appalti, garantendo, così, l'effettiva applicazione della disciplina sostanziale medesima, ossia dettata dalle direttive sulle procedure di aggiudicazione.

¹⁵¹ Chiariscono B. CARUSO, G. CAUDULLO, G. SCALAMBRIERI, *Gli appalti pubblici dopo il recepimento della Direttiva Ricorsi. D.lgs. 20 marzo 2010, n. 53. Come migliora l'efficacia delle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici: le nuove forme di tutela sostanziale e processuale*, Roma, 2010, 13, che la finalità principale della direttiva 2007/66/CE "attiene all'esigenza di garantire che la soluzione della controversia avvenga in un momento antecedente rispetto a quello in cui il contratto inizierà a produrre gli effetti in esso dedotti". Per il legislatore comunitario è ben evidente che "dopo la stipulazione del contratto le conseguenze giuridiche e materiali che lo stesso reca con sé, siano tali da risultare difficilmente recuperabili o reversibili".

¹⁵² Tra i molteplici commentatori della direttiva in esame cfr. C. ARDANESE, *La direttiva "ricorsi" 2007/66/CE. Rilevanza sul regime giuridico del contratto*, in www.giustamm.it; A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi, op. cit.*, 638 ss.; E.M. BARBIERI, *Il processo amministrativo in materia di appalti e la direttiva comunitaria 11 dicembre 2007, n. 66/CE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 493 ss.; B. CARUSO, G. CAUDULLO, G. SCALAMBRIERI, *Gli appalti pubblici dopo il recepimento della Direttiva Ricorsi. D.lgs. 20 marzo 2010, n. 53. Come migliora l'efficacia delle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici: le nuove forme di tutela sostanziale e processuale, op. cit.*, 9 ss.; G. CORAGGIO, *Annulamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in www.giustizia-amministrativa.it; R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; P. FIMIANI, *Annulamento*

direttiva si deduce quale sia il *modus operandi* prescelto dalla Commissione europea per modificare le primigenie direttive ricorsi, vale a dire quello di adeguare e migliorare alcune disposizioni delle precedenti direttive, senza tuttavia modificarne la filosofia ed i principi e sempre nel rispetto del principio di autonomia processuale e procedimentale degli Stati membri¹⁵³.

5.1. La direttiva 2007/66/CE potenzia i meccanismi di tutela pre-contrattuale: l'introduzione della clausola di standstill period procedimentale e processuale.

Per colmare le maggiori lacune esistenti e, dunque, evitare che le stazioni appaltanti procedessero rapidamente alla stipula del contratto, impedendo “agli offerenti interessati, vale a dire a coloro che non sono stati definitivamente esclusi”¹⁵⁴ di godere di un’effettiva tutela giurisdizionale, la direttiva ricorsi 2007/66/CE all’art. 2-*bis*, par. 2, obbliga¹⁵⁵ gli Stati membri a prevedere un termine sospensivo intercorrente tra la comunicazione dell’atto di aggiudicazione ai soggetti interessati e la stipula del contratto di appalto. Durante questo periodo sospensivo, definito *standstill period* procedimentale, avente la durata minima di dieci giorni¹⁵⁶ “civili a decorrere dal giorno successivo

dell’aggiudicazione e contratto di appalto: un rapporto complesso (Nota a Cass. sez. I civ. 15 aprile 2008, n. 9906), in *Giust. civ.*, 2008, 1642; E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, op. cit., 1067 ss.; G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, op. cit., 1029 ss.; M. LIPARI, *Annullamento dell’aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto amministrativo*, in www.giustamm.it, 2008; B. MARCHETTI, *Annullamento dell’aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 95; A. NOBILE, *La nuova direttiva comunitaria concernente i ricorsi in materia di aggiudicazione di appalti pubblici*, in *Appalti e contratti*, 2008, 36; M.S. SABBATINI, *La direttiva 2007/66/CE sulle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici: la trasparenza è anche una questione di termini*, in *Dir. comm. int.*, 2008, 131 ss.; M.A. SANDULLI, *Contratti pubblici e (in)certezza del diritto fra ordinamento interno e novità comunitarie*, in www.federalismi.it; E. ZIMEL, *La disciplina sospensiva della stipula del contratto* (nota a Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565), in *Riv. trim. app.*, 2015, 593 ss.

¹⁵³ Cfr. B. CARUSO, G. CAUDULLO, G. SCALAMBRIERI, *Gli appalti pubblici dopo il recepimento della Direttiva Ricorsi. D.lgs. 20 marzo 2010, n. 53. Come migliora l’efficacia delle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici: le nuove forme di tutela sostanziale e processuale*, op. cit., 12. Contra R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, op. cit., la quale afferma: “sebbene la nuova direttiva operi formalmente come «novella» delle due precedenti, essa apporta radicali sostituzioni e integrazioni, atteggiandosi, nella sostanza, ad un nuovo corpo normativo”.

¹⁵⁴ La direttiva 2007/66/CE al IV° considerando, dopo aver spiegato nei precedenti considerando in cosa consistano le lacune riscontrate, precisa che una delle principali carenze a cui bisogna necessariamente mettere riparo “figura in particolare l’assenza di un termine che consenta un ricorso efficace tra la decisione d’aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto. Ciò induce talvolta le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori desiderosi di rendere irreversibili le conseguenze di una decisione di aggiudicazione contestata a procedere molto rapidamente alla firma del contratto. Per rimediare a questa carenza, che costituisce un serio ostacolo ad un’effettiva tutela giurisdizionale degli offerenti interessati, vale a dire di coloro che non sono stati ancora definitivamente esclusi, è opportuno prevedere un termine sospensivo minimo, durante il quale la stipula del contratto in questione è sospesa, indipendentemente dal fatto che quest’ultima avvenga o meno al momento della firma del contratto”.

¹⁵⁵ La norma in esame rientra nella categoria delle disposizioni a recepimento obbligatorio.

¹⁵⁶ Si tratta di un periodo minimo stabilito dal legislatore europeo suscettibile di aumento, ma non di diminuzione da parte degli Stati membri. L’aver previsto una durata minima del termine (almeno dieci giorni) risponde ad una duplice esigenza: da un lato, consente al partecipante alla gara interessato di godere di un congruo spazio temporale per decidere se proporre o meno ricorso giurisdizionale e, nel caso positivo, di preparare un ricorso efficace; dall’altro, evita che l’amministrazione aggiudicatrice sia costretta a sostenere oneri sproporzionati causati da una stasi dell’attività contrattuale protratta per un periodo di tempo irragionevolmente lungo. Cfr. in argomento B. CARUSO, G. CAUDULLO, G. SCALAMBRIERI, *Gli appalti pubblici dopo il recepimento della Direttiva Ricorsi. D.lgs. 20 marzo 2010, n. 53. Come*

alla data in cui la decisione di aggiudicazione dell'appalto è stata inviata agli offerenti e ai candidati interessati"¹⁵⁷, è fatto divieto alla stazione appaltante di addivenire alla stipula del contratto d'appalto.

Come accennato, la *ratio* consiste nel consentire all'interessato di avere un congruo margine temporale, susseguente all'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, per valutare se proporre ricorso giurisdizionale, con la garanzia che durante il periodo sospensivo stabilito dal legislatore l'amministrazione aggiudicatrice non possa concludere il contratto con l'originario aggiudicatario. In tal modo si evita che l'aggiudicazione illegittima produca effetti irreversibili, vanificando le aspettative del ricorrente di ottenere la soddisfazione dell'interesse al bene della vita da lui anelato (ossia, l'aggiudicazione dell'appalto, la stipula del contratto e l'esecuzione dell'appalto).

La direttiva 2007/66/CE all'art. 2, par. 3, onde assicurare un'effettiva tutela giurisdizionale all'impresa pretermessa, obbliga¹⁵⁸ gli Stati membri a prevedere un ulteriore periodo sospensivo (*standstill period* processuale)¹⁵⁹ operante automaticamente per effetto della proposizione del ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare¹⁶⁰. Dunque, l'effetto sospensivo scaturente dalla proposizione del ricorso con contestuale istanza cautelare, che consiste nel divieto per la stazione appaltante di stipulare il contratto con l'originario aggiudicatario sino al decorso del termine stabilito dalla legge, rappresenta per l'operatore economico intenzionato ad impugnare l'atto di aggiudicazione definitiva un ulteriore beneficio che si aggiunge allo *standstill period* procedimentale.

migliora l'efficacia delle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici: le nuove forme di tutela sostanziale e processuale, op. cit., 15.

¹⁵⁷ L'art. 2-*bis*, par. 2, direttiva 2007/66/CE, così dispone: "La conclusione di un contratto in seguito alla decisione di aggiudicazione di un appalto disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE non può avvenire prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione di aggiudicazione dell'appalto è stata inviata agli offerenti e ai candidati interessati, se la spedizione è avvenuta per fax o per via elettronica, oppure se la spedizione è avvenuta con altri mezzi di comunicazione prima dello scadere di un termine di almeno quindici giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui è stata inviata la decisione di aggiudicazione dell'appalto agli offerenti e ai candidati interessati, o di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di ricezione della decisione di aggiudicazione dell'appalto".

¹⁵⁸ Osserva G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti, op. cit.*, 1043, che anche in tal caso si tratta di un termine sospensivo obbligatorio e non facoltativo. *Contra* M. LIPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario, op. cit.*

¹⁵⁹ R. DE NICCOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo, op. cit.*, non distingue tra *standstill period* processuale e sostanziale, ma afferma: "La direttiva contempla due meccanismi, uno denominato *standstill*, e l'altro effetto sospensivo automatico". "L'effetto sospensivo automatico deriva dalla proposizione di un ricorso, e consiste nell'impedimento alla stipula del contratto, se un ricorso è presentato, fino alla decisione cautelare o di merito".

¹⁶⁰ In realtà l'art. 2, par. 3, della direttiva del 2007 sembra far riferimento, ai fini dell'attivazione dell'effetto sospensivo automatico processuale, solo alla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento di aggiudicazione. La specificazione che per operare lo *standstill period* processuale nel ricorso si debba proporre contestualmente all'annullamento dell'atto di aggiudicazione definitiva anche una domanda cautelare è espressamente prevista dall'art. 11, co. 10-*ter*, d.lgs. n. 163 del 2006, così come introdotto dal d.lgs. n. 53 del 2010, di cui si terrà conto nel Capitolo successivo, ove si tratterà del recepimento della direttiva 2007/66/CE nell'ordinamento italiano.

Difatti, i soggetti controinteressati all'aggiudicazione per godere di una tutela piena ed effettiva necessitano *in primis* di uno *spatium temporis* idoneo a valutare se proporre o meno ricorso giurisdizionale; e, *in secundis*, qualora propongano ricorso, di un ulteriore lasso temporale in cui si consenta al giudice di decidere sulla domanda, onde evitare che la pronuncia giurisdizionale giunga in un momento in cui non sia più di alcuna utilità per il ricorrente¹⁶¹.

Ai fini dell'operatività dello *standstill period* processuale sono dunque necessarie due condizioni: il ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva¹⁶² deve contenere, congiuntamente, anche una contestuale domanda cautelare¹⁶³; e il contratto non deve ancora essere stato stipulato¹⁶⁴.

¹⁶¹ Cfr. più ampiamente E. ZIMEI, *La disciplina sospensiva della stipula del contratto* (nota a Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565), in *Riv. trim. app.*, 2015, 596. È utile riportare quanto sul punto afferma la direttiva 2007/66/CE nel suo XII° considerando: "La proposizione di un ricorso poco prima dello scadere del termine sospensivo minimo, ci si riferisce allo *standstill period* procedimentale, "non dovrebbe privare l'organo responsabile delle procedure di ricorso del tempo minimo indispensabile per intervenire, in particolare per prorogare il termine di sospensione per la stipula del contratto". In altri termini, non basta l'esistenza di un termine di *standstill period* procedimentale, in quanto se l'impresa-ricorrente volesse proporre ricorso alla scadenza del suddetto termine, o addirittura dopo, le sue aspettative di tutela rimarrebbero frustrate, dal momento che, venendo meno il divieto in capo alla stazione appaltante di addvenire alla stipula del contratto, non si concederebbe la possibilità al giudice di decidere effettivamente sul ricorso, ma la procedura proseguirebbe rendendo irreversibili gli effetti dell'eventuale aggiudicazione illegittima. A seguito di tali valutazioni, il legislatore comunitario del 2007 prosegue affermando: "è pertanto necessario prevedere un termine sospensivo minimo *autonomo*, che non dovrebbe scadere prima che l'organo di ricorso si sia pronunciato sulla domanda". Dunque, solo prevedendo un ulteriore periodo sospensivo, in aggiunta allo *standstill period* procedimentale, si può consentire al ricorrente di proporre un ricorso efficace ed efficiente, vigendo il divieto per la stazione appaltante di stipulare il contratto con l'originario aggiudicatario finché il giudice non si pronunci sulla domanda proposta dal ricorrente medesimo.

¹⁶² È necessario che si tratti dell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, non operando lo *standstill period* processuale qualora si proponesse ricorso avverso un altro atto della procedura di gara. Difatti, se l'art. 2, par. 4, della direttiva 2007/66/CE enuncia il principio generale secondo cui: "le procedure di ricorso non devono necessariamente avere effetti sospensivi ed automatici", ossia, qualora si propone un ricorso giurisdizionale avverso un atto della procedura di affidamento in materia di appalti pubblici, il ricorso non produce l'effetto sospensivo automatico di cui si discute; il precedente paragrafo 3 dell'art. 2 prevede, invece, un'eccezione, ossia l'operatività dello *standstill period* processuale è subordinata all'impugnazione del solo provvedimento di aggiudicazione con esclusione di qualsiasi altro atto della procedura di gara. Stabilisce, infatti, l'art. 2, par. 3, della direttiva in esame: "Qualora un organo di prima istanza, che è indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice, riceva un ricorso relativo ad una *decisione di aggiudicazione di un appalto*, gli Stati membri assicurano che l'amministrazione aggiudicatrice non possa stipulare il contratto prima che l'organo di ricorso abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso". Cfr. sul punto G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, *op. cit.*, 1043.

¹⁶³ È necessaria la contestuale richiesta, all'interno dello stesso ricorso, dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva e della richiesta di applicazione di una misura cautelare. Difatti, l'effetto sospensivo automatico processuale non si produrrebbe se il ricorrente, ad esempio, proponesse disgiuntamente il ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva, da un lato, e l'istanza cautelare, dall'altro. Si tratta, come chiarito alla nota 159, di un presupposto espressamente previsto dall'art. 11, co. 10-ter, d.lgs. n. 163 del 2006 e non dalla direttiva comunitaria del 2007. Cfr. più ampiamente A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, *op. cit.*, 650 ss. Il primo dei due presupposti è previsto in maniera espressa, mentre il secondo è inespresso.

¹⁶⁴ Osservano A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, *op. loc. cit.*, che al fine dell'operatività dello *standstill period* processuale non sembra che la normativa imponga che il ricorso giurisdizionale debba essere proposto durante la decorrenza del termine sospensivo sostanziale, ma è sufficiente che il contratto non sia ancora stato stipulato. Dunque, l'importante è che il contratto non sia stato ancora concluso anche se, per ipotesi, il termine di *standstill period* procedimentale sia decorso.

Dunque, dalla lettura dell'art. 2, par. 3, della direttiva 2007/66/CE si deduce che lo *standstill period* processuale, ossia l'effetto sospensivo automatico che può essere definito come "l'impedimento alla stipula del contratto derivante dalla proposizione di un ricorso avverso l'aggiudicazione"¹⁶⁵, decorre dalla notifica del ricorso medesimo sino alla pronuncia del giudice.

Per quanto riguarda il *dies ad quem* di scadenza del termine la direttiva ricorsi lasciava liberi gli Stati membri¹⁶⁶ di decidere se l'effetto sospensivo automatico dovesse terminare al momento dell'adozione da parte "dell'organo di ricorso" del provvedimento cautelare o¹⁶⁷ se fosse necessario attendere la decisione sul merito¹⁶⁸.

L'importante era che la scadenza dello *standstill period* processuale coincidesse con l'adozione di una pronuncia giurisdizionale, onde assicurare al ricorrente di proporre un ricorso efficace ed efficiente e, dunque, di avere una possibilità di vedere concretamente soddisfatta la sua pretesa, nel rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale; e che non cessasse comunque prima dello scadere del termine di *standstill* procedimentale¹⁶⁹.

5.2. La privazione di effetti del contratto per "gravi violazioni" del diritto comunitario.

Com'è stato chiarito nei paragrafi precedenti, la direttiva ricorsi 2007/66/CE mira a potenziare i rimedi di tutela preventiva, consapevole della difficoltà di rimuovere gli effetti di un'aggiudicazione illegittima una volta concluso il contratto d'appalto. Tuttavia, qualora i meccanismi di tutela preventiva non dovessero funzionare o comunque vengano violate le regole poste a presidio della legittimità delle procedure di gara, per cui non si riesce ad impedire che all'aggiudicazione illegittima segua la stipula del contratto, il legislatore comunitario sanziona tali violazioni, a seconda dei casi, con la privazione di effetti del contratto o con l'irrogazione di sanzioni alternative.

¹⁶⁵ R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, op. cit., 4, la quale chiarisce che mentre lo *standstill period* procedimentale può essere definito come "il termine dilatorio *ex lege* tra aggiudicazione e stipulazione", l'effetto sospensivo automatico consiste "nell'impedimento alla stipula del contratto derivante dalla proposizione di un ricorso avverso l'aggiudicazione, che decorre dalla notifica del ricorso e arriva fino al provvedimento del giudice".

¹⁶⁶ Per quanto concerne la soluzione adottata dall'Italia si rimanda al Capitolo successivo.

¹⁶⁷ Osserva M.S. SABBATINI, *La direttiva 2007/66/CE sulle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici: la trasparenza è anche una questione di termini*, op. cit., 131 ss., che l'utilizzo della disgiuntiva "o" all'interno del XII° considerando della direttiva ricorsi (per cui cfr. nota successiva) "indica la possibilità che il ricorso per ottenere le misure cautelari possa essere presentato anche *ante causam*, i.e. prima ed indipendentemente dal giudizio sul merito".

¹⁶⁸ Difatti, la direttiva 2007/66/CE al XII° considerando (per la spiegazione della parte iniziale del suddetto considerando si rinvia alla nota 156), dopo aver chiarito la necessità di prevedere un ulteriore periodo sospensivo collegato alla proposizione del ricorso giurisdizionale, afferma: "Ciò non dovrebbe impedire all'organo di ricorso di formulare una valutazione preliminare circa la ricevibilità del ricorso come tale. Gli Stati membri possono decidere che tale termine scada quando l'organo di ricorso abbia preso una decisione circa la domanda di provvedimenti cautelari, anche riguardo a un'ulteriore sospensione della stipula del contratto, o quando l'organo di ricorso abbia preso una decisione sul merito della questione, in particolare sulla domanda di annullamento delle decisioni illegittime".

¹⁶⁹ È quanto affermato dall'art. 2, par. 3, della direttiva 2007/66/CE: "La sospensione cessa non prima dello scadere del termine sospensivo di cui all'art. 2 *bis*, paragrafo 2, e all'articolo 2 *quinquies*, paragrafi 4 e 5".

La direttiva 2007/66/CE all'art. 2-*quinqües* tipizza alcune ipotesi¹⁷⁰ che corrispondono alle violazioni più gravi per il diritto comunitario il cui accertamento conduce alla privazione di efficacia del contratto eventualmente stipulato. I casi elencati dalla direttiva possono essere sinteticamente suddivisi in due gruppi: violazioni dello *standstill period* procedimentale e processuale¹⁷¹ e affidamenti diretti al di fuori delle ipotesi consentite dal diritto comunitario¹⁷².

In sintesi, qualora la stazione appaltante dovesse stipulare il contratto con l'originario aggiudicatario senza rispettare i termini di *standstill period* procedimentale e processuale, ovvero dovesse procedere ad affidamento diretto senza previa pubblicazione del bando di gara¹⁷³, il contratto eventualmente stipulato dovrà essere considerato privo di effetti.

Dunque, si tratta di violazioni gravi, in quanto comportano o possono comportare affidamenti diretti illegittimi¹⁷⁴ che secondo la Corte di Giustizia rappresentano la violazione più grave del diritto comunitario degli appalti pubblici¹⁷⁵ perché non si rispettano le regole che hanno lo scopo

¹⁷⁰ La direttiva fa riferimento solo a specifiche ipotesi di violazione delle regole di evidenza pubblica. Osserva, infatti, M. LIPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, op. cit., che "è bene sottolineare che il legislatore comunitario fissa consapevolmente l'attenzione soltanto su alcuni casi, collegati alle 'violazioni più gravi' della normativa sostanziale". In senso analogo si esprime G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, op. cit., 1045, per il quale "si tratta nel complesso di poche e limitate fattispecie". *Contra* G. CORAGGIO, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale considera le ipotesi succitate "non marginali per rilevanza e per numero".

¹⁷¹ Art. 2-*quinqües*, par. 1, lett. b) della direttiva 2007/66/CE.

¹⁷² Art. 2-*quinqües*, par. 1, lett. a) della direttiva 2007/66/CE.

¹⁷³ Si tratta dell'ipotesi prevista dall'art. 2-*quinqües*, par. 1, lett. a) della direttiva 2007/66/CE, secondo cui: "Gli Stati membri assicurano che un contratto sia considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice o che la sua privazione di effetti sia la conseguenza di una decisione di detto organo di ricorso nei seguenti casi: a) se l'amministrazione aggiudicatrice ha aggiudicato un appalto senza previa pubblicazione del bando nella *Gazzetta ufficiale dell'unione europea* senza che ciò sia consentito a norma della direttiva 2004/18/CE". Chiarisce M.S. SABBATINI, *La direttiva 2007/66/CE sulle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici: la trasparenza è anche una questione di termini*, op. cit., 157 ss., e spec., nota 149, che per affidamento diretto illegittimo s'intende non solo "l'affidamento collusivamente o erroneamente attribuito senza previa pubblicazione di un bando di gara", ma anche quello "con procedura senza previa indizione di una gara ai sensi della 2004/17/CE". In altri termini, si configura l'ipotesi dell'affidamento diretto illegittimo "allorché è mancata una gara o la sua adeguata pubblicità ove prescritta". Cfr. sul punto A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, op. cit., 653. L'art. 2-*quinqües*, par. 1, alla lettera c), della direttiva 2007/66/CE, prevede un'ulteriore ipotesi legittimante la privazione di efficacia del contratto: "nei casi di cui all'articolo 2 *ter*, lettera c), secondo comma della presente direttiva qualora gli Stati membri abbiano previsto la deroga al termine sospensivo per appalti basati su un accordo quadro e su un sistema dinamico di acquisizione". In altri termini, si tratta, secondo quanto riferisce G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, op. cit., 1045, dell'ipotesi di violazione delle regole della concorrenza "nell'ambito di appalti basati su un accordo quadro o su un sistema dinamico di acquisizione, ove il singolo Stato membro si sia avvalso della facoltà di escludere l'applicazione del primo termine sospensivo".

¹⁷⁴ Cfr. G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, op. loc. cit., il quale, riguardo alle ipotesi elencate dalla direttiva del 2007, afferma che si tratta di limitate fattispecie "che peraltro riguardano (o possono riguardare) affidamenti diretti illegittimi – giudicati dalla Corte di giustizia come le violazioni più gravi del diritto comunitario (13° considerando) – e che rendono particolarmente difficile (per mancanza di pubblicità o di termine sospensivo) l'attivazione di mezzi di ricorso efficaci (cfr. 18° considerando)".

¹⁷⁵ Cfr. il XIII° considerando della direttiva 2007/66/CE, ove si legge: "Per contrastare l'aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi, che secondo la Corte di giustizia rappresenta la violazione più grave del diritto comunitario degli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice o di un ente aggiudicatore, è opportuno prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive. Pertanto, un contratto risultante da

di consentire la più ampia partecipazione delle imprese alle gare d'appalto in condizioni di parità e trasparenza, in modo da assicurare una corretta competizione. Pertanto, secondo il legislatore comunitario bisogna rimuovere gli effetti del contratto stipulato a seguito di una aggiudicazione illegittima avvenuta senza rispettare i termini di *standstill period* o in spregio agli obblighi di pubblicità delle gare pubbliche, in quanto “la privazione di effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere”¹⁷⁶.

Ad esempio, in caso di omissione degli strumenti di pubblicità il potenziale offerente non è a conoscenza dell'indizione di una procedura di gara, dunque, in una fattispecie siffatta la procedura concorrenziale è totalmente assente¹⁷⁷. Pertanto, la privazione di effetti del contratto risulta strumento ideale per consentire all'operatore economico, a cui non è stata data la possibilità di competere, di partecipare alla gara ed avere, eventualmente, anche una *chance* di vincerla.

Invece, in caso di violazione dello *standstill period* procedimentale e processuale non è stato precluso all'offerente di partecipare alla gara, bensì di utilizzare gli strumenti di tutela preventivi per evitare che gli effetti dell'aggiudicazione illegittima si consolidassero con la stipula del contratto. Difatti, ai fini della privazione di efficacia del contratto l'art. 2-*quinqüies* richiede un'ulteriore condizione, che rispecchia la *ratio* dell'introduzione dei termini sospensivi automatici: la violazione dei termini sospensivi procedimentali e processuali deve aver privato “l'offerente che presenta ricorso della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto quando tale violazione si aggiunge ad una violazione della direttiva 2004/18/CE, se quest'ultima violazione ha influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto”¹⁷⁸. È evidente che anche in questa ipotesi si registra una violazione delle regole poste a presidio della legittimità delle procedure di gara e la concorrenza non si è svolta correttamente.

Dunque, le ipotesi testé considerate sono entrambe ascrivibili alla categoria delle gravi violazioni del diritto comunitario, sia perché possono comportare affidamenti diretti illegittimi e sia perché

un'aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerato in linea di principio privo di effetto”.

¹⁷⁶ XIV° considerando della direttiva 2007/66/CE.

¹⁷⁷ B. CARUSO, G. CAUDULLO, G. SCALAMBRIERI, *Gli appalti pubblici dopo il recepimento della Direttiva Ricorsi. D.lgs. 20 marzo 2010, n. 53. Come migliora l'efficacia delle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici: le nuove forme di tutela sostanziale e processuale*, op. cit., 18, osservano che il legislatore comunitario distingue le ipotesi di violazioni menzionate in due gruppi: per il primo gruppo (violazione dello *standstill period* procedimentale e processuale) la privazione di effetti del contratto “agisce in funzione rafforzativa” dei termini sospensivi automatici; mentre per il secondo (omissione degli strumenti pubblicitari), come rileverà il Consiglio di Stato nel parere espresso sullo schema del decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi nell'ordinamento italiano, la volontà del legislatore comunitario attiene “essenzialmente, alla radicale assenza della procedura concorrenziale”.

¹⁷⁸ Art. 2-*quinqüies*, par. 1, lett. b), della direttiva 2007/66/CE. Cfr., inoltre, il XVIII° considerando della direttiva ricorsi.

non consentono ai partecipanti interessati di proporre mezzi di ricorso efficaci “in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette”¹⁷⁹.

In altri termini, il diritto comunitario colpisce con la privazione di effetti del contratto quelle violazioni considerate gravi perché violano le regole poste a presidio della libertà di concorrenza. Difatti, uno degli obiettivi principali della direttiva comunitaria è quello di garantire una corretta competizione tra tutti i partecipanti alla gara e, a tal fine, predispone strumenti volti a dissuadere le stazioni appaltanti dal violare le regole che assicurino il corretto svolgimento delle procedure di gara. Si ha, così, una valorizzazione delle regole formali di trasparenza e di non discriminazione che mirano a tutelare la concorrenza. Dunque, la grave violazione che comporta l’illegittimità della procedura di affidamento deve aver fortemente compromesso la correttezza della competizione e, perciò, la “sanzione” sarà la privazione di effetti del contratto stipulato con l’originario aggiudicatario.

Ma vi è di più. L’omissione degli strumenti pubblicitari¹⁸⁰ e il mancato rispetto dei termini sospensivi automatici¹⁸¹, oltre a compromettere il corretto svolgimento della procedura di gara in regime di concorrenza, rendono particolarmente difficile l’attivazione da parte dell’offerente interessato di mezzi di ricorso efficaci.

Si ha una valorizzazione delle regole formali¹⁸², la cui violazione conduce alla privazione di efficacia del contratto, in quanto l’interesse dell’impresa ricorrente alla corretta e non

¹⁷⁹ Illuminanti sul punto sono le parole di G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, op. cit., 1047, secondo cui l’art. 2-*quinquies* testimonia che “ciò che la Direttiva intende particolarmente colpire è il sotterfugio (mancata applicazione dei termini sospensivi) o le operazioni nascoste (per mancanza di pubblicità), che sono nell’ottica comunitaria le violazioni più gravi, perché possono comportare affidamenti diretti illegittimi e non consentono la tutela preventiva (rispetto alla conclusione del contratto), né da parte dei potenziali concorrenti «interessati», né da parte della Commissione, attraverso il c.d. meccanismo correttore, previsto dall’art. 3”.

¹⁸⁰ Difatti, l’assenza della procedura concorrenziale impedisce al potenziale offerente di partecipare alla gara. Di conseguenza, se il potenziale ricorrente avesse partecipato alla gara, avrebbe potuto attivare i meccanismi di tutela preventiva per “aggreire” il provvedimento di aggiudicazione illegittima ed evitare la cristallizzazione dei suoi effetti nel contratto d’appalto.

¹⁸¹ La *ratio* della predisposizione dei meccanismi di *standstill period* procedurali e processuali consiste proprio nel consentire al ricorrente di valutare se proporre ricorso giurisdizionale e, in caso positivo, di proporlo utilmente senza correre il rischio che nel frattempo la stazione appaltante proceda alla stipula del contratto frustrando le sue aspettative. È dunque evidente che la violazione di tali clausole renda difficile, ai limiti dell’impossibile, per il ricorrente proporre un ricorso che effettivamente soddisfi la sua pretesa. Ciò coincide con quanto affermato dalla direttiva 2007/66/CE nel suo XVIII° considerando: “Per impedire violazioni gravi del termine sospensivo obbligatorio e della sospensione automatica, che sono presupposti essenziali per ricorsi efficaci, si dovrebbero applicare sanzioni effettive. Gli appalti conclusi in violazione del termine sospensivo e della sospensione automatica dovrebbero pertanto essere considerati in linea di principio privi di effetti se in presenza di violazioni della direttiva 2004/18/CE o della direttiva 2004/17/CE nella misura in cui tali violazioni abbiano influito sulle opportunità dell’offerente che presenta ricorso di ottenere l’appalto”.

¹⁸² Le regole formali poste a presidio della legittimità delle procedure di gara nell’ottica della garanzia di una corretta competizione assurgono ad essenziali paletti che devono essere rispettati. Dunque, le regole formali assumono una valenza e un’importanza che normalmente non hanno negli altri rami del processo amministrativo. Per fornire una spiegazione di quanto appena affermato E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, op. cit., 1070 ss., propone un esempio facendo riferimento al recepimento della direttiva ricorsi in Italia. È noto che nell’ordinamento italiano la violazione

discriminatoria competizione è tutelato in via primaria dalla norma e si atteggia, pertanto, ad interesse pubblico¹⁸³. Poiché la privazione di effetti del contratto consente sia la soddisfazione dell'interesse pubblico alla corretta e non discriminatoria competizione (perché ristabilisce la concorrenza), che l'opportunità per il ricorrente di conseguire l'interesse al bene della vita da lui anelato¹⁸⁴, vi è coincidenza, in termini di soddisfazione, dell'interesse pubblico e di quello privato. In altri termini, l'interesse dell'impresa ricorrente alla corretta competizione ha natura pubblica e la sua soddisfazione coincide con quella dell'interesse individuale, di cui è allo stesso tempo portatrice, all'aggiudicazione della gara. Pertanto, è come se quest'ultimo interesse si pubblicizzasse¹⁸⁵, perché coincide con la soddisfazione dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza e diventa, perciò, pubblico e, conseguentemente, tutelato dalle norme in via primaria.

di una regola formale non comporta sempre l'annullamento dell'atto illegittimo ex art. 21-*octies*, co. 2, L. n. 241 del 1990. Tuttavia, nel caso degli appalti pubblici non possiamo invocare l'applicazione della suddetta norma, pena la violazione delle regole poste a garanzia dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza prioritariamente tutelato. Ad esempio, qualora la stazione appaltante non dovesse rispettare una prescrizione formale prevista nel bando ed aggiudicare la gara all'operatore economico che ha presentato la migliore offerta, il g.a. non potrebbe applicare l'art. 21-*octies*, L. cit. "e non annullare l'aggiudicazione perché, pur se non fosse stata violata la regola formale, l'appalto sarebbe stato vinto dall'impresa cui la p.a. lo ha assegnato. Qui la tutela degli interessi delle imprese partecipanti allo svolgimento di una gara nel rispetto delle regole stabilite dalle norme e dalla *lex specialis* trasforma le prescrizioni formali in essenziali paletti che assicurano la concorrenza in condizioni di parità e trasparenza nello svolgimento delle operazioni di selezione del vincitore". Pertanto, "la tutela normativa degli interessi delle imprese partecipanti e la loro pubblicizzazione dà una diversa rilevanza alle regole e prescrizioni formali" per cui basta una loro violazione per privare di effetti il contratto.

¹⁸³ Gli interessi delle imprese "alla corretta e non discriminatoria competizione sono considerati pubblici alla pari di quelli di tutela dell'interesse patrimoniale della pubblica amministrazione". Così, testualmente, E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, op. cit., 1070. Ritorna il discorso fatto al par. 1, a cui si rinvia.

¹⁸⁴ Sembrano aderire a questa impostazione del tema in oggetto E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, op. cit., 1068 ss.; G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, op. cit., 1044 ss., mentre sembra discostarsene M. LIPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, op. cit., secondo cui la privazione di effetti del contratto ha una natura giuridica sanzionatoria, in quanto si pone come una sanzione da comminare alla p.a. che ha sbagliato, piuttosto che mirare al ripristino "della posizione giuridica del soggetto leso dalla violazione". In senso analogo si esprimono A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, op. cit., 657, i quali deducono dalla formulazione dell'art. 2-*sexies* della direttiva del 2007, ove afferma che: "la concessione del risarcimento danni non rappresenta una sanzione adeguata ai fini del presente paragrafo" la volontà del legislatore comunitario di differenziare l'ipotesi risarcitoria dalla privazione di efficacia del contratto, attribuendo alla prima natura giuridica ripristinatoria, mentre alla seconda sanzionatoria. Secondo gli Autori sia la privazione di effetti del contratto comunitaria che le sanzioni alternative costituiscono misure punitive che trovano ingresso qualora gli effetti sospensivi automatici non abbiano avuto successo, per cui non è stato possibile risolvere le controversie nella fase precedente alla stipula del contratto. Se appare condivisibile la tesi che qualifica come sanzione la privazione di effetti del contratto per "rafforzare" il rispetto delle regole comunitarie poste a presidio della legittimità delle procedure ad evidenza pubblica nell'ottica di garantire la libertà di concorrenza a tutti gli operatori economici partecipanti alla gara, d'altro canto non può esaurirsi la sua funzione in questo. Infatti, com'è stato chiarito nel testo della presente trattazione, la privazione di effetti del contratto consente all'impresa ricorrente di partecipare alla gara in condizioni di parità e trasparenza per avere una *chance* di vincerla o comunque, qualora ricorrano i presupposti che saranno spiegati nel prosieguo, ottenere direttamente la soddisfazione dell'interesse al bene della vita anelato (l'aggiudicazione dell'appalto). In definitiva, la privazione di effetti del contratto rappresenta una sorta di "sanzione" a carico della stazione appaltante che non ha rispettato le regole di evidenza pubblica, ma nello stesso tempo crea le basi per consentire una tutela effettiva del partecipante-ricorrente.

¹⁸⁵ E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, op. cit., 1073.

Per tali ragioni si può ben dire che l'effetto utile della direttiva 2007/66/CE consiste nel tutelare in via prioritaria l'interesse dell'impresa ricorrente all'aggiudicazione della gara, alla stipula del contratto e all'esecuzione dell'appalto. In altri termini, la direttiva ricorsi consente all'operatore economico interessato a proporre ricorso di godere di una tutela piena ed effettiva, dal momento che anche la violazione di una regola formale conduce alla privazione di effetti del contratto e, dunque, alla possibile soddisfazione del suo interesse individuale¹⁸⁶.

5.3. (Segue) Eccezioni alla regola della privazione di effetti del contratto e l'applicazione di sanzioni alternative.

Il legislatore comunitario all'art. 2-*quinquies*, par. 1, della direttiva 2007/66/CE stabilisce la regola generale secondo cui a seguito dell'accertamento di quelle che il legislatore italiano all'art. 121 c.p.a. definirà "gravi violazioni"¹⁸⁷ "l'organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice"¹⁸⁸ sarà obbligato a dichiarare il contratto eventualmente stipulato privo di effetti.

Parte della dottrina¹⁸⁹ considera la disposizione in esame fortemente innovativa, in quanto per la prima volta una direttiva comunitaria si occupa del dibattuto tema della sorte del contratto.

Altri Autori, invece, ritengono che l'art. 2-*quinquies* non abbia preso "alcuna significativa posizione sulla definizione delle conseguenze giuridiche sostanziali della privazione degli effetti obbligatoria"¹⁹⁰, ma abbia demandato la soluzione del problema alla discrezionalità degli Stati membri. Difatti, l'art. 2-*quinquies*, par. 2, della direttiva ricorsi specifica che: "le conseguenze di un contratto considerato privo di effetti sono previste dal diritto nazionale". Dunque, la direttiva rimette agli Stati membri la scelta di decidere se la privazione di effetti del contratto debba operare *ex tunc* ovvero *ex nunc* e, in questo secondo caso, è fatto obbligo agli Stati membri di prevedere l'applicazione di sanzioni alternative *ex art. 2-sexies*, par. 2.¹⁹¹

¹⁸⁶ In altri termini, l'interesse dell'impresa ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto diventa un interesse che ha la stessa "forza" di un interesse pubblico, in quanto la sua soddisfazione coincide con quella dell'interesse pubblico alla tutela della libera concorrenza. Pertanto, la violazione di una regola formale conduce alla privazione di effetti del contratto che assolve alla duplice funzione di ripristinare la concorrenza, ma anche di tutelare l'interesse privato di cui è portatore il ricorrente.

¹⁸⁷ Per maggiori dettagli si rimanda al Capitolo III.

¹⁸⁸ Che in Italia è stato individuato nel giudice amministrativo. Più nello specifico, l'art. 2-*quinquies*, par. 1, della direttiva 2007/66/CE così recita: "Gli Stati membri assicurano che un contratto sia considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice o che la sua privazione di effetti sia la conseguenza di una decisione di detto organo di ricorso".

¹⁸⁹ Cfr. per tutti G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, *op. cit.*, 1044.

¹⁹⁰ M. LIPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, *op. cit.*

¹⁹¹ Più nello specifico, l'art. 2-*quinquies*, par. 2, della direttiva ricorsi, dopo aver affermato che è il diritto nazionale a doversi occupare delle conseguenze giuridiche sostanziali della privazione di efficacia del contratto, continua affermando: "pertanto, il diritto nazionale può prevedere la soppressione con effetto retroattivo di tutti gli obblighi contrattuali o viceversa limitare la portata della soppressione di quegli obblighi che rimangono da adempiere. In quest'ultimo caso gli Stati membri prevedono l'applicazione di altre sanzioni ai sensi dell'art. 2-*sexies*, paragrafo 2".

Tuttavia, non sempre l'accertamento delle gravi violazioni per il diritto comunitario comporta obbligatoriamente la privazione di effetti del contratto, difatti l'art. 2-*quinqies*, par. 3, della direttiva ricorsi prevede delle ipotesi tassative la cui esistenza obbliga l'organo giurisdizionale a decidere per la conservazione degli effetti del contratto medesimo. Dunque, nonostante l'accertamento delle gravi violazioni, "l'organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice" potrà decidere "di non considerare un contratto privo di effetti" qualora dovesse rilevare "che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale impone che gli effetti del contratto siano mantenuti"¹⁹². Anche nel caso di conservazione dell'efficacia del contratto il legislatore nazionale ha l'obbligo di irrogare sanzioni alternative.

L'art. 2-*quinqies*, par. 3, della direttiva ricorsi non chiarisce in positivo cosa s'intenda per "esigenze imperative connesse ad un interesse generale", ma si limita a precisare in negativo che "gli interessi economici legati direttamente al contratto" "non costituiscono esigenze imperative legate ad un interesse generale"¹⁹³.

5.4. (Segue) L'opzione tra la privazione di effetti del contratto e l'irrogazione di sanzioni alternative in caso di violazioni "formali".

Dunque, se l'art. 2-*quinqies* prevede la privazione degli effetti del contratto come conseguenza necessaria dell'accertamento delle gravi violazioni, seppure con delle eccezioni, l'art. 2-*sexies* disciplina casi che corrispondono a violazioni meno gravi per il diritto comunitario, meramente formali, per cui è rimessa agli ordinamenti nazionali la scelta di decidere, in tali ipotesi, per la privazione di efficacia del contratto, ovvero irrogare sanzioni alternative¹⁹⁴.

Ai sensi dell'art. 2-*sexies*, par. 2, della direttiva ricorsi sono sanzioni alternative "l'irrogazione di sanzioni pecuniarie all'amministrazione aggiudicatrice, oppure la riduzione della durata del contratto"¹⁹⁵.

Dunque se la privazione di efficacia del contratto assume, da un lato, una funzione sanzionatoria, ossia mira a dissuadere le stazioni appaltanti dal violare le regole poste a presidio della legittimità

¹⁹² Cfr. art. 2-*quinqies*, par. 3, della direttiva 2007/66/CE.

¹⁹³ L'art. 2-*quinqies*, par. 3, della direttiva 2007/66/CE, chiarisce che: "per quanto concerne la produzione di effetti del contratto, gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative soltanto se in circostanze eccezionali la privazione di effetti conduce a conseguenze sproporzionate. Tuttavia, gli interessi economici legati direttamente al contratto in questione non costituiscono esigenze imperative legate ad un interesse generale". Continua, poi, con un'elencazione meticolosa di cosa s'intenda per interessi economici legati direttamente al contratto, per fornire un aiuto all'interprete. Anche se, come osserva G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, op. cit., 1048, si tratta di un'elencazione "meramente esemplificativa".

¹⁹⁴ Ai sensi dell'art. 2-*sexies*, par. 1, della direttiva 2007/66/CE: "gli Stati membri possono prevedere che l'organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice decida, dopo aver valutato tutti gli aspetti pertinenti, se il contratto debba essere considerato privo di effetti o se debbano essere irrogate sanzioni alternative".

¹⁹⁵ L'argomento sarà compiutamente affrontato nel Capitolo III, a cui si rinvia.

della procedura di gara, così da consentire al ricorrente di godere di una tutela piena ed effettiva già nella fase precedente alla stipula del contratto d'appalto¹⁹⁶; dall'altro, com'è stato chiarito, offre al ricorrente medesimo la possibilità di ottenere l'interesse al bene della vita da lui anelato¹⁹⁷, anche quando gli effetti del provvedimento di aggiudicazione illegittimo si siano cristallizzati nel contratto. Dunque, in questo secondo senso, la privazione di effetti del contratto è un mezzo a disposizione del ricorrente che gli consente di ottenere quella tutela piena ed effettiva che gli è stata preclusa durante la fase prodromica alla stipula del contratto.

Al contrario, l'applicazione delle sanzioni alternative sembra rispondere solo ad una logica sanzionatoria, afflittiva¹⁹⁸. Difatti, il legislatore comunitario per "rafforzare" il rispetto da parte della stazione appaltante delle regole poste a presidio della libertà di concorrenza, aventi lo scopo di evitare affidamenti illegittimi, prevede l'applicazione a suo carico di sanzioni alternative. Quest'ultime vengono irrogate quando non si priva di effetti il contratto¹⁹⁹, ovvero la sua efficacia sia temporalmente limitata (*ex nunc*).

¹⁹⁶ Si ribadisce che si tratta della funzione sanzionatoria attribuita alla privazione di effetti che viene dichiarata per "rafforzare" il rispetto delle regole poste a presidio della libertà di concorrenza e, dunque, per dissuadere la stazione appaltante dal violarle. Difatti, la loro violazione non ha permesso al ricorrente di attivare i mezzi di ricorso in grado di evitare che gli effetti dell'aggiudicazione illegittima divenissero irreversibili, pertanto si "punisce" la stazione appaltante con la privazione di effetti del contratto o, a seconda dei casi, con l'irrogazione di sanzioni alternative, per scongiurare la loro violazione. Cfr. sul punto *Parlamento europeo. Documento di lavoro sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici*, dell'8 dicembre 2006 (PE 382.425v01-00), 6, par. 5, ove il Parlamento europeo osservava che "fosse legittimo interrogarsi sulla filosofia del nuovo sistema di ricorso, che sembra ormai privilegiare la dissuasione attraverso le sanzioni piuttosto che la composizione amichevole dei conflitti". In dottrina cfr. M.S. SABBATINI, *La direttiva 2007/66/CE sulle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici: la trasparenza è anche una questione di termini*, *op. cit.*, 161, secondo cui il sistema delineato dalla direttiva 2007/66/CE "sembra retto da una filosofia che se da un lato privilegia la dissuasione attraverso le sanzioni più che la composizione amichevole dei conflitti, dall'altro mira *in primis* a garantire una piena tutela nella fase antecedente all'esecuzione del contratto aggiudicato illegittimamente". È, dunque, quest'ulteriore aspetto che osta ad una concezione meramente sanzionatoria del sistema predisposto dal legislatore comunitario che non tenga conto della protezione della posizione del ricorrente.

¹⁹⁷ Come sarà chiarito nel Capitolo III, il ricorrente non ottiene una tutela piena ed effettiva attraverso la privazione di effetti del contratto, bensì con il subentro nel contratto in sostituzione dell'originario aggiudicatario. Ecco perché la privazione di effetti è la base preparatoria per la possibile soddisfazione dell'interesse del ricorrente, oltre ad avere una funzione sanzionatoria, in quanto si sanziona la stazione appaltante per non aver rispettato le regole di evidenza pubblica e, in particolare, i meccanismi di *standstill period*, che avrebbero permesso al ricorrente di godere di una tutela piena ed effettiva già nella fase prodromica alla stipula del contratto. E, dunque, anche in questo senso la privazione di effetti del contratto mira a tutelare la posizione dell'impresa ricorrente. Difatti, prima della direttiva 2007/66/CE non esistevano mezzi idonei per "aggredire" il contratto, se non il risarcimento del danno che, com'è noto, non attribuiva al ricorrente il bene della vita anelato. Invece, la privazione di effetti del contratto, se ha efficacia *ex tunc*, elimina completamente gli effetti dell'aggiudicazione illegittima e, in aggiunta, come vedremo, all'azione di adempimento, consente al ricorrente di ottenere la soddisfazione della pretesa fatta valere in giudizio.

¹⁹⁸ Anche se sullo sfondo sembra comunque sussistere l'intenzione di tutelare il ricorrente: la sanzione alternativa viene irrogata per dissuadere la stazione appaltante dal commettere violazioni poste a presidio della libertà di concorrenza e che non hanno permesso all'impresa ricorrente di tutelarsi nella fase precedente alla stipula del contratto.

¹⁹⁹ Si fa riferimento ai casi in cui per "esigenze imperative connesse ad un interesse generale" l'organo giurisdizionale conservi gli effetti del contratto stipulato; oppure quando il giudice, di fronte ad una violazione non grave, meramente formale, *ex art. 2-sexies*, par. 1, della direttiva 2007/66/CE decida di non privare di efficacia il contratto (che in tal caso non è una conseguenza obbligatoria, ma facoltativa della violazione), ma di irrogare sanzioni alternative.

Dunque, l'ottica sembra essere punitiva, in quanto se non si priva di effetti il contratto si applicheranno le sanzioni alternative, perché si tratta pur sempre di violazioni del diritto comunitario per le quali comunque deve essere prevista una sanzione. Di conseguenza, trattandosi di sanzioni che vengono applicate alla stazione appaltante, a volte anche se il ricorrente abbia addirittura ottenuto la soddisfazione dell'interesse al bene della vita da lui agognato²⁰⁰, dovrebbe ritenersi condivisibile la tesi di chi²⁰¹ sostiene che le sanzioni alternative abbiano solo carattere afflittivo, sanzionatorio e non mirano a tutelare la posizione soggettiva dell'impresa ricorrente²⁰². Altro profilo che merita interesse, ma che sarà approfondito successivamente, riguarda l'art. 2, par. 6²⁰³, della direttiva ricorsi, che consente agli Stati membri di optare per il necessario annullamento degli atti della procedura di aggiudicazione prima di concedere il risarcimento del danno. Tale norma è stata letta dalla gran parte della dottrina²⁰⁴ come una conferma dell'ammissibilità nel nostro ordinamento dell'istituto della c.d. pregiudizialità amministrativa²⁰⁵.

²⁰⁰ L'art. 2-*sexies*, par. 1, della direttiva 2007/66/CE stabilisce che in caso di violazione dello *standstill period* procedimentale e processuale che non è contemplata dall'art. 2-*quinquies*, par. 1, lett. b), (ossia qualora le violazioni dei tempi di attesa non abbiano privato il ricorrente della possibilità di agire in giudizio) gli Stati membri possono decidere per la privazione di effetti del contratto, ovvero per l'irrogazione di sanzioni alternative. Come sarà chiarito nel prosieguo della presente trattazione, il legislatore italiano all'art. 123, co. 3, c.p.a. impone al g.a. di irrogare sanzioni alternative qualora siano stati violati i suddetti termini di *standstill period* sostanziale e processuale, ma tali violazioni non abbiano influito sulla possibilità del ricorrente di ottenere l'aggiudicazione. Non potendo in tal caso dichiarare inefficace il contratto, il legislatore ha scelto di irrogare le sanzioni alternative. Dunque, anche se il ricorrente ha proposto il ricorso ed ha addirittura ottenuto l'aggiudicazione, il legislatore nazionale decide comunque di applicare a carico della stazione appaltante le sanzioni alternative, per sanzionarla e scoraggiarla dal commettere future violazioni. È evidente l'ottica punitiva che si evince dalla lettura della norma. Per maggiori dettagli sulla disciplina delle sanzioni alternative cfr. E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2011, 1131 ss.

²⁰¹ Cfr. per tutti M. LIPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, *op. cit.*

²⁰² Tale argomento è qui solo accennato, ma sarà approfondito nel prosieguo.

²⁰³ L'art. 2, par. 6, della direttiva 2007/66/CE così recita: "Gli Stati membri possono prevedere che, se un risarcimento danni viene domandato a causa di una decisione presa illegittimamente, per prima cosa l'organo che ha la competenza necessaria a tal fine annulli la decisione contestata".

²⁰⁴ Cfr. fra gli altri G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, *op. cit.*, 1051; M.A. SANDULLI, *Contratti pubblici e (in)certezza del diritto fra ordinamento interno e novità comunitarie*, in *www.federalismi.it*.

²⁰⁵ Istituto che secondo G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, *op. cit.*, 1051 ss., risulta "rafforzato e non sminuito dalla Direttiva in commento. E non già soltanto perché l'art. 2, par. 6, prevede espressamente che gli Stati membri possano imporre il previo annullamento della decisione contestata, ma anche per la particolare configurazione dei termini di ricorso previsti dalla Direttiva medesima, nel quadro di una tutela «quanto più rapida possibile». Aggiunge l'Autore che il termine minimo di ricorso di dieci giorni previsto dall'art. 2-*quater* della direttiva ricorsi è ben compatibile con il nostro termine ordinario di impugnazione di sessanta giorni. Pertanto, la pregiudizialità amministrativa, "che tale termine impone di osservare per poter chiedere il risarcimento dei danni", (ossia il termine ordinario di sessanta giorni) "non appare affatto in contrasto col sistema comunitario che si viene delineando".

Capitolo II

Il rito speciale in materia di appalti pubblici nell'ordinamento italiano: dalle prime norme acceleratorie al d.lgs. n. 53 del 2010. Verso la creazione di un microsistema processuale accelerato con regole autonome.

1. Il recepimento della direttiva ricorsi dall'art. 44 della legge delega n. 88 del 2009 al Codice del processo amministrativo. Quadro di sintesi.

La direttiva 2007/66/CE viene recepita in Italia con la legge comunitaria per il 2008²⁰⁶, in particolare, con l'art. 44 della legge 7 luglio 2009, n. 88 che attribuiva la delega al Governo per l'adozione di uno o più decreti legislativi di recepimento della direttiva medesima²⁰⁷. Dunque, all'art. 44 della legge delega n. 88 del 2009²⁰⁸ viene data attuazione attraverso il d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, entrato in vigore il 27 aprile 2010²⁰⁹, che ha apportato rilevanti modifiche alle disposizioni processuali in materia di appalti pubblici, nonché a quelle sostanziali a quest'ultime collegate, contenute nel d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (il vecchio Codice dei contratti pubblici)²¹⁰.

²⁰⁶ Si tratta della legge 7 luglio 2009, n. 88 recante “Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 2008”. Tale provvedimento legislativo detta i criteri da osservare per il recepimento delle direttive comunitarie.

²⁰⁷ Cfr. art. 44, co. 1, L. n. 88 del 2009.

²⁰⁸ L'art. 44 della legge delega n. 88 del 2009 è rubricato “Delega al Governo per l'attuazione della direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici”. L'art. 44 L. n. 88 del 2009 prescriveva che il Governo dovesse adottare il decreto legislativo di attuazione entro il 20 dicembre 2009 (data di scadenza del termine comunitario di recepimento). Tuttavia, tale termine fu prorogato sino al 20 marzo 2010, dal momento che le Commissioni parlamentari erano state investite del parere sullo schema di decreto legislativo delegato meno di trenta giorni prima della scadenza dell'originario termine stabilito dal Parlamento. Cfr. sul punto R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, op. cit.

²⁰⁹ Secondo quanto riferisce M. LIPARI, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia “flessibile” del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010*, in *Foro amm.- Tar*, 2010, 58, il recepimento della direttiva ricorsi si è svolto seguendo il normale percorso normativo previsto dal diritto comunitario, suddividendosi in due fasi: la prima era rappresentata dall'adozione della legge n. 88 del 2009, il cui art. 44 delegava il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi di attuazione della direttiva, nel rispetto dei principi e criteri direttivi dettati dalla stessa legge delega; la seconda è consistita nell'adozione del d.lgs. n. 53 del 2010, ossia del decreto legislativo delegato di “attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti”. Aggiunge l'Autore che “rispetto alla normale sequenza della legge comunitaria, l'iter di formazione del decreto delegato n. 53/2010 è stato arricchito dalla introduzione dell'obbligatorio parere del Consiglio di Stato, il quale, in concreto, ha svolto numerose osservazioni sull'originario schema predisposto dal Governo”. Dunque, il d.lgs. n. 53 del 2010, dopo aver ottenuto i pareri favorevoli da parte del Consiglio di Stato (Cons. Stato, 1 febbraio 2010, n. 368), della Camera e del Senato, è stato emanato il 20 marzo 2010 (data in cui è stato firmato dal Presidente della Repubblica), pubblicato nella G.U. della Repubblica Italiana il 12 aprile 2010 ed entrato in vigore il 27 aprile 2010. Cfr. ancora sul punto R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, op. cit.

²¹⁰ Il d.lgs. n. 163 del 2006 è oggi stato interamente abrogato dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, di cui si discorrerà ampiamente nel Capitolo IV in relazione alle innovazioni apportate alla disciplina processuale in materia di appalti pubblici.

Il d.lgs. n. 53 del 2010 innova sensibilmente gli artt. 244-246 d.lgs. n. 163 del 2006, inseriti nella Parte IV rubricata “Contenzioso”, nonché altre disposizioni ad esse collegate²¹¹ come l’art. 11 d.lgs. cit., disciplinante i termini di *standstill period* procedurali e processuali, e introduce l’informativa preventiva dell’intento di proporre ricorso giurisdizionale *ex art. 243-bis* d.lgs. cit.²¹². Gli artt. 244-246, così come modificati dal d.lgs. n. 53 del 2010, vengono trasfusi, con alcune modifiche, nel codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)²¹³, segnatamente negli artt. 120-125 c.p.a., mentre gli strumenti di protezione preventiva appena menzionati continuano ad essere contenuti nel vecchio Codice dei contratti pubblici²¹⁴.

Attenta dottrina²¹⁵ osserva che il legislatore delegante per recepire la direttiva ricorsi si prefigge alcuni obiettivi da perseguire che intende attuare attraverso l’applicazione dei principi e criteri direttivi dettati dall’art. 44 della legge delega n. 88 del 2009.

Gli obiettivi principali perseguiti dal legislatore delegante possono così riassumersi: a) individuazione delle disposizioni della direttiva a recepimento facoltativo da inserire nell’ordinamento interno²¹⁶; b) definizione delle specifiche modalità di recepimento delle disposizioni a carattere obbligatorio; c) individuazione delle disposizioni da applicare anche ai contratti non aventi rilevanza comunitaria; d) previsione di ulteriori disposizioni correttive del contenzioso in materia di contratti pubblici, così come disciplinato dal d.lgs. n. 163 del 2006, anche non espressamente richieste dalla direttiva 2007/66/CE.

Per realizzare tali obiettivi l’art. 44 L. n. 88 del 2009 detta principi e criteri direttivi che rappresentano le scelte di fondo effettuate dal legislatore delegante per orientare quello delegato nel recepimento²¹⁷. I principali principi e criteri direttivi, che saranno approfonditi nel prosieguo

²¹¹ Si tratta di strumenti di protezione preventiva non aventi natura strettamente processuale.

²¹² Per maggiori dettagli sull’istituto cfr. per tutti E. GRILLO, *L’informativa di ricorso ex art. 243-bis Codice dei contratti pubblici: note critiche a margine della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 29 dicembre 2012, n. 6712*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1205 ss.

²¹³ Entrato in vigore il 16 settembre 2010.

²¹⁴ Cfr. F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, in *www.giustamm.it*

²¹⁵ M. LIPARI, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l’inefficacia “flessibile” del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010, op. cit.*, 58 ss.

²¹⁶ Si tratta di un obiettivo che risulta attuato attraverso l’art. 44, co. 3, lett. a), L. n. 88 del 2009, ove si stabilisce che l’individuazione delle disposizioni comunitarie a carattere facoltativo da inserire nell’ordinamento nazionale deve avvenire nel rispetto degli istituti processuali e dei principi costituzionali e comunitari vigenti in materia processuale. Più nello specifico, l’art. 44, co. 3, lett. a), L. cit., stabilisce di “circoscrivere il recepimento alle disposizioni elencate nel presente articolo e comunque a quanto necessario per rendere il quadro normativo vigente in tema di tutela giurisdizionale conforme alle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, come modificate dalla direttiva 2007/66/CE, previa verifica della coerenza con tali direttive degli istituti processuali già vigenti e già adeguati, anche alla luce della giurisprudenza comunitaria e nazionale, e inserendo coerentemente i nuovi istituti nel vigente sistema processuale, nel rispetto del diritto di difesa e dei principi di effettività della tutela giurisdizionale e di ragionevole durata del processo”.

²¹⁷ Come chiarisce M. LIPARI, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l’inefficacia “flessibile” del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010, op. cit.*, 59, gli obiettivi che il legislatore delegante si prefigge di perseguire possono essere realizzati solo attraverso “scelte chiare” da parte del legislatore medesimo. Difatti, la direttiva ricorsi “affronta, per molti aspetti, numerosi temi già esplorati dalla nostra giurisprudenza e, in minima parte, già toccati da precedenti interventi legislativi. Le regole comunitarie a volte sono

della presente trattazione, consistono: I) nel garantire un'omogenea tutela processuale a tutti i contratti disciplinati dal Codice dei contratti pubblici, indipendentemente dalla loro rilevanza comunitaria, definendo l'ambito oggettivo di applicazione delle nuove regole processuali in modo differente rispetto a quanto stabilito dalla direttiva ricorsi²¹⁸; II) nel disciplinare il termine di *standstill period* procedimentale in modo da individuare una delle deroghe facoltative previste dalla direttiva²¹⁹; III) nell'introduzione di una condizione non espressamente prevista dalla direttiva ai fini dell'operatività dello *standstill period* processuale, ossia è necessario che contestualmente alla proposizione del ricorso giurisdizionale si chieda anche l'applicazione di una misura cautelare²²⁰; IV) nell'introduzione di nuove regole in materia di comunicazione degli atti di gara; V) si stabilisce l'obbligo in capo al ricorrente di informazione preventiva dell'intento di proporre ricorso, dando attuazione ad una disposizione della direttiva meramente facoltativa²²¹; VI) si prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla sorte del contratto e sulle sanzioni alternative che viene qualificata come giurisdizione "esclusiva e di merito"²²²; VII) si dà attuazione alle disposizioni comunitarie sulla obbligatoria (in caso di gravi violazioni) o facoltativa (in caso di violazioni ordinarie) privazione di effetti del contratto²²³; VIII) vengono fissate regole molto generiche in materia di sanzioni alternative, attribuendo la facoltà di irrogarle al giudice

decisamente innovative, mentre, in altri casi, sembrano confermare o sviluppare principi già presenti nell'ordinamento italiano". Dunque, per perseguire in concreto tali obiettivi appariva necessario predisporre una legge delega "corposa ed articolata". "In concreto, l'articolo 44 contiene alcune scelte di fondo molto significative e puntuali, che orientano in modo preciso l'attuazione riservata al decreto delegato". Avverte l'Autore che le disposizioni introdotte dalla legge delega non sono sempre dettagliate, pertanto "l'intento chiarificatore" del legislatore delegante non è sempre realizzato in modo omogeneo e convincente. Difatti, "talvolta la delega disciplina nel dettaglio solo alcuni aspetti particolari della materia, ma tutto sommato marginali rispetto ai contenuti essenziali della direttiva. In altri casi, invece, la disposizione resta del tutto generica e si limita a menzionare, distintamente, solo i singoli articoli della fonte comunitaria, i quali, a loro volta, non risultano di immediata comprensione".

²¹⁸ È quanto stabilito dall'art. 44, co. 3, lett. b), L. n. 88 del 2009: "assicurare un quadro processuale omogeneo per tutti i contratti contemplati dal citato codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ancorché non rientranti nell'ambito di applicazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, e operare un recepimento unitario delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, come modificate dalla direttiva 2007/66/CE". In altri termini, mentre la direttiva 2007/66/CE limitava il proprio ambito oggettivo di applicazione alle procedure di affidamento disciplinate dalle due direttive del 2004 e, dunque, solo agli appalti di rilevanza comunitaria, "in coerenza con un'impostazione processuale nella quale si prescinde dalla rilevanza comunitaria o meno dell'appalto, il recepimento italiano è avvenuto accordando la medesima tutela a prescindere dalle soglie di rilevanza comunitaria e dall'essere gli appalti inclusi o esclusi, *ratione materiae*, nell'ambito delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, e dunque estendendo i nuovi istituti processuali di derivazione comunitaria anche agli appalti non rientranti nell'ambito di tali direttive". Cfr. sul punto R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, *op. cit.* Avverte M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010*, *op. cit.*, 64, che si tratta di un criterio "abbastanza scontato nella nostra esperienza di giustizia amministrativa, che, da tempo, sottopone sempre il contenzioso in materia di contratti pubblici ad un unitario regime processuale, indipendentemente dalla loro dimensione comunitaria".

²¹⁹ Cfr. art. 44, co. 3, lett. e), L. n. 88 del 2009.

²²⁰ Cfr. art. 44, co. 3, lett. g), L. n. 88 del 2009.

²²¹ Cfr. art. 44, co. 3, lett. d), L. n. 88 del 2009.

²²² Cfr. art. 44, co. 3, lett. h), L. n. 88 del 2009.

²²³ Cfr. art. 44, co. 3, lett. h), nn. 1 e 2, L. n. 88 del 2009.

amministrativo²²⁴; IX) si introduce un nuovo rito speciale *iper-accelerato* in materia di appalti pubblici, caratterizzato da un'ulteriore accelerazione dei tempi processuali e, dunque, da una razionalizzazione ed abbreviazione di tutti i termini vigenti, distanziandosi per molti aspetti dal rito abbreviato disciplinato dall'art. 23-*bis* della L. Tar²²⁵.

Come accennato, all'art. 44 L. n. 88 del 2009 viene data attuazione attraverso il d.lgs. n. 53 del 2010 che sviluppa i principi e criteri direttivi dettati dal legislatore delegante, ma in maniera disorganica. Difatti, alcuni criteri non risultano pienamente attuati dal legislatore delegato, per cui potrebbe ravvisarsi un difetto di delega²²⁶; mentre alcune disposizioni del d.lgs. n. 53 del 2010 non trovano un'espressa base normativa nella legge delega, esorbitandone i limiti e dando origine ad un eccesso di delega. In alcuni casi, dunque, si registrano delle discrepanze tra la legge delega e il decreto legislativo delegato²²⁷ che saranno approfondite nel prosieguo.

Prima di analizzare partitamente le innovazioni apportate dal d.lgs. n. 53 del 2010 alla disciplina sostanziale e processuale contenuta nel vecchio Codice dei contratti pubblici, preme anticipare che la novità più importante tra quelle introdotte dal d.lgs. cit. consiste sicuramente nella previsione di un nuovo rito speciale in materia di appalti pubblici, in verità non voluto dal legislatore comunitario²²⁸, ulteriormente accelerato e sensibilmente diverso da quello disciplinato all'art. 23-*bis* L. Tar.

Come si vedrà, il d.lgs. n. 53 del 2010 introduce un vero e proprio micro-sistema separato che presenta regole processuali enormemente diverse rispetto al rito ordinario e al processo abbreviato *ex art. 23-bis* L. cit., in modo da enfatizzare i profili di specialità che caratterizzano il contenzioso in esame. Dunque, il d.lgs. del 2010 disegna un rito per certi versi "eccentrico"²²⁹ che non corrisponde ad alcuno schema processuale preesistente e che incide sulla giurisdizione, sui termini e sulle modalità di svolgimento del processo in materia di appalti pubblici²³⁰.

Con il transito della normativa processuale dal Codice dei contratti pubblici al Codice del processo amministrativo si intende ridurre la specialità che caratterizza il rito descritto dal d.lgs. n. 53 del 2010, limitandone drasticamente i tratti di eccentricità e rendendolo una *species* del più ampio

²²⁴ Cfr. art. 44, co. 3, lett. h), n. 4, L. n. 88 del 2009.

²²⁵ Cfr. art. 44, co. 3, lett. f), nn. 1, 2, 3, 4, 5, L. n. 88 del 2009.

²²⁶ Osserva M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010*, *op. cit.*, 60-61, che il difetto di delega, a differenza dell'eccesso di delega, non dovrebbe comportare alcuna violazione dell'art. 76 Cost.

²²⁷ Analizza gli "scostamenti" del decreto delegato dalla legge delega e dalla direttiva R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, *op. cit.*

²²⁸ Cfr. M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010*, *op. cit.*, 82

²²⁹ Che il d.lgs. n. 53 del 2010 presenti molteplici elementi di "eccentricità", ridotti sensibilmente a seguito del transito della disciplina processuale dal Codice appalti al Codice del processo amministrativo, è evidenziato da M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, in www.giustamm.it

²³⁰ Cfr. in argomento D. GALLI, *Il recepimento della direttiva ricorsi tra vecchi e nuovi problemi*, *op. cit.*, 907.

genus del rito abbreviato comune *ex art.* 119 c.p.a., in cui è confluita gran parte della disciplina dettata dall'art. 23-*bis* L. Tar.

Tale trasloco ha lo scopo di rendere le speciali regole relative alle controversie sugli appalti (che saranno previste agli artt. 120 e ss. c.p.a.) il più possibile omogenee alla normativa dettata dall'art. 119 c.p.a., purtuttavia non riducendo completamente la specialità che continua a caratterizzare il rito *ex art.* 120 c.p.a. In tal modo, coerentemente con i principi e criteri direttivi dettati dall'art. 44 della legge delega n. 69 del 2009²³¹, si persegue lo scopo di creare un unico modello di tutela dinanzi al giudice amministrativo di cui il rito in materia di appalti pubblici ne costituisce una semplice articolazione²³².

2. Breve excursus sulle ragioni dell'introduzione delle prime disposizioni acceleratorie nel settore dei contratti pubblici. Caratteristiche generali e profili critici (cenni).

L'art. 8 d.lgs. n. 53 del 2010 innova l'art. 245 d.lgs. n. 163 del 2006 che dettava la disciplina processuale in materia di pubblici appalti prima contenuta nell'art. 23-*bis* L. Tar²³³, introducendo un vero e proprio rito speciale connotato da peculiarità tali da giustificare l'allontanamento dal processo abbreviato *ex art.* 23-*bis* L. cit.

Prima di esporre le novità introdotte dal d.lgs. n. 53 del 2010²³⁴ è opportuno sottolineare che il legislatore italiano aveva avvertito, già da tempi non recenti, la necessità di dettare nel settore dei contratti pubblici, caratterizzato dalla primazia dell'interesse pubblico della stazione appaltante alla celere realizzazione delle opere²³⁵, disposizioni acceleratorie. L'importanza degli interessi tutelati e la peculiarità della materia imponeva una rapida definizione delle controversie per evitare che le lungaggini delle vicende giudiziarie potessero ostacolare il libero dispiegarsi dell'azione

²³¹ Si tratta della “*Delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo*” attuata attraverso il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (attuale Codice del processo amministrativo). Per una completa analisi dello schema di quello che sarebbe diventato il Codice del processo amministrativo cfr. per tutti E. FOLLIERI, *La natura giuridica dell'articolato provvisorio denominato codice del processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 637 ss.

²³² Cfr. ancora sul punto M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, *op. cit.*

²³³ Si tratta della Legge 6 dicembre 1971, n. 1034, pubblicata nella G.U. il 13 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei tribunali amministrativi regionali.

²³⁴ Occorre a questo punto della trattazione fare un passo indietro e tener conto delle prime norme acceleratorie introdotte dal legislatore italiano (art. 31-*bis* della Legge Merloni, art. 19 D.L. n. 67 del 1997 e art. 23-*bis* della L. Tar), per rendere maggiormente intelleggibili la disciplina processuale del rito descritto all'art. 245 d.lgs. n. 163 del 2006, così come modificato dal d.lgs. n. 53 del 2010, nonché la struttura e le differenze con il rito abbreviato *ex art.* 119 c.p.a. e il rito speciale in materia di appalti pubblici *ex art.* 120 c.p.a.

²³⁵ È stato l'interesse per lungo tempo prevalente e considerato in rapporto di equiordinazione rispetto all'interesse dell'impresa ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto solo a seguito della direttiva 2007/66/CE. Per maggiori dettagli si rinvia a quanto esposto nel Capitolo I della presente trattazione.

amministrativa e, dunque, l'immediata realizzazione delle opere pubbliche, bloccando, di fatto, le attività economiche²³⁶.

Per queste ragioni il legislatore italiano introduce disposizioni acceleratorie, talvolta creando un vero e proprio microsistema processuale separato con regole diverse rispetto al rito ordinario²³⁷, che si concretizzano, in sintesi, nel dimezzamento dei termini processuali e nella concentrazione della fase cautelare con quella di merito o quantomeno nella celere fissazione dell'udienza di merito. Si tratta, tuttavia, di disposizioni che hanno dato origine a dubbi di legittimità costituzionale, dal momento che la rapidità dei tempi processuali sembrava violare il diritto di difesa costituzionalmente garantito.

Ma vi è di più. Tali dubbi originavano anche da un'altra considerazione: la scelta di accelerare i tempi di definizione di determinate controversie comporta, proporzionalmente, un rallentamento dei tempi di risoluzione delle liti sottoposte alle regole del rito ordinario, creando un "*processo a due velocità*"²³⁸, ove per alcune materie sono riconosciute "corsie processuali preferenziali".

Il rischio maggiore è che il disallineamento dei tempi della giustizia potrebbe determinare disparità di trattamento e materie "privilegiate", in quanto per decidere celermente le numerose controversie assoggettate alle regole del giudizio abbreviato²³⁹, inevitabilmente si dilatano i tempi di decisione delle liti sottoposte al rito ordinario. Di conseguenza, non mancano voci in dottrina che

²³⁶ Cfr. fra gli altri F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2013, 729 ss.; F. DELLA VALLE, *Il rito abbreviato degli appalti supera il vaglio di costituzionalità*, in *Urb. e app.*, 1999, 1293 ss.; S. MENCHINI, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 956 ss., il quale - dopo aver sottolineato che le ragioni dell'esistenza di regole diverse, acceleratorie, applicabili nel rito in materia di appalti pubblici consistono nell'esigenza di garantire la celerità dell'azione amministrativa, in modo da acquisire in tempi rapidi "certezza circa le regole di comportamento cui i pubblici poteri debbono conformare la loro attività" - aggiunge che molto probabilmente il fondamento normativo della tutela differenziata sia da ravvisarsi nell'art. 97, co. 1, Cost., ossia nel principio di "buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione".

²³⁷ M. NIGRO, *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, *op. cit.*, 9 ss., nel lontano 1980, riferendosi in generale ai riti differenziati, dopo aver chiarito che si tratta a suo parere di processi derogatori e speciali rispetto "alla normalità", non esita ad esporre la sua difficoltà nel fornire una definizione compiuta dei riti in questione. Afferma difatti l'Autore che i "riti speciali" costituiscono "una categoria generica ed indeterminata, della quale mi (gli) riesce in verità incerto se i processualisti civili facciano applicazione solo per i procedimenti in cui varia il rito, ma il giudice è lo stesso del procedimento tipo, oppure anche per quelli che presentano diversità di giudice; sembra incerto altresì se la tutela differenziata comporti semplicemente la variazione di rito in qualunque senso o, più specificamente, maggiore semplificazione e rapidità che il rito ordinario".

²³⁸ G. VIRGA, *Verso un nuovo processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, secondo cui non è sempre positivo ampliare il numero dei riti speciali.

²³⁹ Attualmente il giudizio abbreviato comune a determinate materie è disciplinato all'art. 119 c.p.a., di cui si parlerà meglio nel prosieguo e il cui antesignano è l'art. 23-bis L. Tar. In questa sede si vuole sottolineare che il numero di materie soggette al rito abbreviato comune ex art. 119 c.p.a. è nel corso del tempo aumentato, sino ad arrivare, attualmente alla lettera m-sexies. Pertanto, non solo si corre il rischio di creare un "processo a due velocità", ma la moltiplicazione delle materie assoggettate alle disposizioni del rito abbreviato potrebbe avere l'effetto paradossale di neutralizzare la velocità di definizione delle relative controversie. È infatti evidente che se aumenta vertiginosamente il numero di materie decise con rito abbreviato, ma il numero dei giudici amministrativi resta invariato, la conseguenza è che anche quelle controversie che dovrebbero definirsi celermente subiscono, inevitabilmente, un allungamento dei tempi di decisione.

ravvisavano, e ravvisano ancora oggi²⁴⁰, dubbi di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3, 24 e 113 Cost.²⁴¹

Fatta questa breve digressione, in questa sede si consideri che se il rito in materia di appalti pubblici è connotato dall'esistenza di molteplici interessi che si agitano nel concreto della fattispecie, il problema principale consiste nel verificare se le norme acceleratorie considerate raggiungano un giusto punto di equilibrio tra le esigenze di celerità e di effettività della tutela giurisdizionale²⁴². È un discorso che affonda le sue radici in tempi remoti, ma che, come vedremo nel prosieguo, torna di rilevante attualità con le novità introdotte dall'art. 204 d.lgs. n. 50 del 2016.

2.1. La celere fissazione della data dell'udienza di merito nell'art. 31-bis, co. 2, 3, L. n. 109 del 1994. Regolamentazione o compressione della fase cautelare?

Com'è noto, l'esigenza di garantire ricorsi rapidi ed efficaci è stata avvertita sin dalle prime norme, definite acceleratorie, introdotte dal legislatore italiano nella materia di cui si discute.

L'assenza di un termine entro cui decidere l'udienza di merito a seguito della celebrazione dell'udienza cautelare consentiva ai provvedimenti cautelari di produrre effetti per un periodo di tempo indefinito o comunque per lungo tempo ostacolando la pronta realizzazione delle opere pubbliche, quale interesse pubblico primario da perseguire. Pertanto, appariva necessario regolamentare la fase cautelare che rivestiva un ruolo centrale nel rito in materia di appalti pubblici. Dunque, i primi interventi legislativi in materia sono stati determinati dal tentativo di arginare gli effetti dilatori della sospensiva, in modo da evitare che la situazione di incertezza relativa alla fondatezza della pretesa del ricorrente potesse perdurare sino alla stipula del contratto²⁴³.

²⁴⁰ C. CONTESSA, *Commento all'art. 204*, in *Codice degli appalti e delle concessioni. Il Dlgs 50/2016 commentato articolo per articolo*, a cura di C. CONTESSA – D. CROCCO, Roma, 2016, 632 ss., ha cura di precisare che parte della dottrina “ha già criticato l'impostazione di fondo del modello nazionale di giustizia amministrativa il quale configura una sorta di ‘processo a due velocità’, nel cui ambito alle controversie di maggiore valore economico è riconosciuta una corsia processuale privilegiata, ma - al contempo - i ricorsi (per così dire) ‘ordinari’ vengono inevitabilmente posti su una sorta di ‘binario morto’”. Cfr., in senso analogo, C. BUONAURO, *Tutela cautelare e semplificazione del rito*, Relazione presentata al Convegno su “*Politiche migratorie e diritti fondamentali*”, Ariano Irpino, 6 maggio 2017.

²⁴¹ Cfr. G. VIRGA, *Verso un nuovo processo amministrativo*, *op. cit.*; come rileva F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, *op. cit.*, 730 ss., la creazione di un “processo a due velocità”, per i motivi che sono stati esposti nel corso della presente trattazione, pone dei dubbi di compatibilità con gli artt. 3, 24 e 113 Cost., in quanto si determina una disparità di trattamento relativamente ai tempi di definizione delle controversie assoggettate, rispettivamente, al rito abbreviato e a quello ordinario. Tuttavia, la Corte Costituzionale con la sentenza n. 427 del 1999, come vedremo, ha chiarito che la scelta di prevedere termini accelerati per la definizione di alcune controversie in deroga alle regole ordinarie non determina alcuna irragionevole disparità di trattamento, giustificata, invece, dalla diversità e peculiarità della materia “privilegiata”. Secondo la Consulta non esiste un principio generale che imponga l'identità dei termini processuali, pertanto “la previsione di termini abbreviati per determinate materie preselezionate dal legislatore non provoca alcuna ingiustificata disparità di trattamento”.

²⁴² Cfr. ancora F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, *op. cit.*, 731.

²⁴³ Cfr. sul punto M. RAMAJOLI, *La tutela cautelare nel contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 928 ss. Come osservava F. MERUSI, *Diritto e processo tra azioni cautelari e riti speciali amministrativi*, in *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, a cura di M. ROSSI SANCHINI, Milano,

Per raggiungere tale risultato il legislatore introduce l'art. 31-*bis* ("Norme acceleratorie in materia di contenzioso") della legge 11 febbraio 1994, n. 109²⁴⁴, in tema di lavori pubblici, nota come "legge Merloni".

L'art. 31-*bis*, co. 2 e 3, L. cit.²⁴⁵ è strutturato in modo da arrivare celermente ad una decisione sul merito: l'udienza di merito deve celebrarsi entro un breve termine qualora, a seconda dei casi, sia già intervenuta una pronuncia cautelare, ovvero quest'ultima sia stata richiesta dal ricorrente. Dunque, l'art. 31-*bis*, co. 2, L. cit., limitatamente ai ricorsi relativi ad esclusione da procedure di affidamento dei lavori pubblici, impone la fissazione di un termine breve per la discussione dell'udienza di merito a condizione che l'ordinanza di sospensione sia già stata pronunciata; mentre l'art. 31-*bis*, co. 3, L. cit., introduce un rito abbreviato con decisione differita²⁴⁶ avente una portata più generale, essendo applicabile "nei giudizi amministrativi aventi ad oggetto controversie in materia di lavori pubblici", e in cui la discussione dell'udienza di merito è subordinata alla richiesta dei controinteressati e dell'amministrazione resistente a seguito della domanda di adozione del provvedimento cautelare proposta dal ricorrente²⁴⁷. In altri termini, mentre il comma 2 presuppone che sia già intervenuta una pronuncia cautelare ai fini della fissazione della data dell'udienza di merito, il comma 3 contempla l'ipotesi in cui la domanda di sospensione sia stata richiesta dal ricorrente²⁴⁸.

2006, 171 ss., spec. 173, trattandosi di una materia di rilevante impatto economico e caratterizzata dalla celerità nella definizione delle controversie, era "comprensibile" che "si giocasse tutto sulla sospensiva, trasformando così un processo cautelare in un processo sommario". Difatti, aggiunge Ramajoli che i primi interventi legislativi avevano lo scopo di limitare gli effetti dilatori della sospensiva rispetto ai tempi di realizzazione dell'opera pubblica, tuttavia quest'ultimi invece di mirare a porre fine "alla spirale degenerativa del processo cautelare in processo sommario", sono stati rivolti "a sostituire la tutela cautelare con il processo sommario". Dalla lettura dell'art. 31-*bis*, co. 2, 3, L. n. 109 del 1994 si evince, infatti, che "la volontà del legislatore di rimediare agli effetti dilatori della sospensiva si è rapidamente trasformata in una tendenza ad abolire del tutto la tutela cautelare, mirando direttamente ad una rapida definizione del merito del ricorso quale controparte di un *non liquet* sull'istanza di sospensiva".

²⁴⁴ Come modificata dalla legge 2 giugno 1995, n. 216.

²⁴⁵ Per maggiori dettagli sulla disciplina introdotta dall'art. 31-*bis*, co. 2 e 3, L. Merloni cfr. E. FOLLIERI, *Riflessioni su alcuni profili delle norme acceleratorie nel contenzioso sui lavori pubblici (art. 31 bis, commi 2 e 3, l. 2 giugno 1995, n. 216)*, in *Nuova rass.*, 1996, 1854 ss.; R. LENZETTI, *Patologia dell'appalto: il contenzioso*, in *Nuova rass. leg. dott. giur.*, 1996, 2153 ss.

²⁴⁶ Che si differenzia dal rito abbreviato con decisione immediata ex art. 19 d.l. 25 marzo 1997, n. 135 che sarà spiegato a breve. Si tratta di una terminologia utilizzata da S. MENCHINI, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, *op. cit.*, 989 ss.

²⁴⁷ L'art. 31-*bis*, co. 3, L. cit. disciplina un rito abbreviato in cui può convertirsi, alle condizioni previste dalla norma, il processo ordinario. Cfr. più ampiamente S. MENCHINI, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, *op. cit.*, 951 ss.

²⁴⁸ R. DE NICTOLIS, *Il rito in materia di opere pubbliche dalla legge Merloni all'art. 19 d.l. 67/97*, in *Urb. e app.*, 1999, 1173 ss., individua le differenze intercorrenti, rispettivamente, tra i commi 2 e 3 dell'art. 31-*bis* L. cit. Innanzitutto, l'art. 31-*bis*, co. 2, L. cit., si caratterizza per un ambito applicativo più limitato rispetto al comma 3, in quanto fa riferimento solo ai ricorsi relativi alle esclusioni dalle procedure di affidamento dei lavori pubblici, a differenza del comma 3 la cui disciplina è applicabile a tutte le controversie in tema di lavori pubblici. Tuttavia, la differenza più rilevante consiste nel fatto che mentre nell'ipotesi prevista al comma 2 il g.a. si è già pronunciato sull'istanza cautelare, si presuppone, infatti, che il Tar abbia già accolto la domanda cautelare e, dunque, adottato l'ordinanza di sospensione, e, in tal caso, il merito può essere discusso entro il termine di novanta giorni dalla data dell'ordinanza cautelare adottata; il comma 3, invece, non presuppone, ai fini della discussione della causa nel merito, che sia già intervenuto il provvedimento cautelare, ma si limita a prevedere che il ricorrente presenti l'istanza di sospensione degli atti impugnati

L'art. 31-bis, co. 3, L. cit. ha destato dubbi di legittimità costituzionale, in quanto, a differenza del comma 2, che faceva espresso riferimento all'esito della fase cautelare, conclusasi con l'accoglimento dell'istanza da parte del g.a., il comma 3 menziona solo la facoltà dei controinteressati e dell'amministrazione di chiedere la fissazione dell'udienza di merito a seguito del deposito dell'istanza cautelare presentata dal ricorrente, ma non sembra presupporre anche una decisione del giudice sulla domanda cautelare.

Ma vi è di più. Era stata sollevata la questione di legittimità costituzionale della norma, poiché si credeva che la possibilità per i soggetti interessati di chiedere entro un breve termine la discussione della causa nel merito precludesse al giudice di pronunciarsi sull'istanza cautelare, sostituendo, così, la pronuncia cautelare con una decisione sul merito.

Tuttavia, la Corte Costituzionale, con la sentenza interpretativa di rigetto 16 luglio 1996, n. 249, fornisce un'interpretazione costituzionalmente e comunitariamente orientata dell'art. 31-bis, co. 3, L. cit., confutando quanto asserito dal giudice rimettente. A parere della Consulta la facoltà attribuita ai soggetti interessati di chiedere con urgenza la fissazione della data dell'udienza di merito non preclude al g.a. di esaminare l'istanza cautelare proposta dal ricorrente. Dunque, non viene meno il potere-dovere del giudice di pronunciarsi sulla domanda di sospensiva²⁴⁹, atteso il carattere essenziale ed irrinunciabile del diritto alla tutela cautelare sancito dall'art. 24 Cost.²⁵⁰,

e, in seguito a tale richiesta, i controinteressati e l'amministrazione resistente possano chiedere che sia fissata la data dell'udienza di merito. In altri termini, il comma 3 non sembra richiedere che il g.a. si pronunci sull'istanza cautelare, ma affinché i soggetti interessati possano chiedere la fissazione della data dell'udienza di merito è sufficiente che il ricorrente abbia presentato la domanda di applicazione della misura cautelare. Dunque, qualora il ricorrente abbia proposto l'istanza cautelare i controinteressati e l'amministrazione resistente possono chiedere che la causa venga decisa nel merito, formulando la relativa richiesta fuori dall'udienza cautelare, ovvero quando quest'ultima sia in corso di svolgimento. Nel primo caso, la data dell'udienza di merito è fissata dal Presidente del Tribunale adito entro novanta giorni dal deposito dell'istanza; nel secondo caso, "qualora l'istanza sia proposta all'udienza già fissata per la discussione del provvedimento d'urgenza" il Presidente del collegio fissa per la decisione di merito "una nuova udienza" da celebrarsi entro sessanta giorni "e autorizza le parti al deposito di memorie e documenti fino a quindici giorni prima dell'udienza stessa".

²⁴⁹ Corte Cost., 16 luglio 1996, n. 249, afferma che il comma 3 della norma denunciata "richiama solo la facoltà per l'amministrazione e per i controinteressati di chiedere l'urgente fissazione del merito e nulla dice sull'esito del procedimento cautelare avviato". Tuttavia, la facoltà riservata ai soggetti interessati di chiedere la trattazione urgente del merito, "non deve escludere che il giudice sia comunque tenuto a pronunciarsi sulla domanda di sospensione del provvedimento impugnato, e, ove sussistano le condizioni di legge, a concederla". In dottrina, cfr. in argomento R. DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici: alla luce del codice dei contratti pubblici*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, a cura di F. CARINGELLA - G. DE MARZO, Milano, 2007, 444 ss.

²⁵⁰ Cfr. più ampiamente sul punto M. RAMAJOLI, *La tutela cautelare nel contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici*, op. cit., 930 ss. Corte Cost., 16 luglio 1996, n. 249, chiarisce che l'interpretazione dell'art. 31-bis, co. 3, L. cit., fornita dalla Consulta è coerente con quanto sostenuto più volte dalla giurisprudenza costituzionale, secondo cui: "la disponibilità delle misure cautelari è strumentale all'effettività della tutela giurisdizionale e costituisce espressione del principio per cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, in attuazione dell'art. 24 della Costituzione (sentenze n. 253 del 1994 e n. 190 del 1985). Si aggiunga che, con riferimento particolare alla giurisdizione amministrativa, basata sull'annullamento degli atti illegittimi, la Corte ha, da tempo, posto in luce il carattere essenziale della procedura cautelare e l'intima compenetrazione della stessa con il processo di merito, dichiarando illegittima l'esclusione o la limitazione del potere cautelare con riguardo a determinate categorie di atti amministrativi o al tipo di vizio denunciato (sentenze n. 227 del 1975 e n. 284 del 1974).

nonché desumibile dall'art. 2, par. 1, lett. a), della direttiva 89/665/CEE, che obbliga gli Stati membri ad adottare provvedimenti d'urgenza²⁵¹.

3. Il rito abbreviato con decisione differita ex art. 31-bis, co. 3, L. n. 109 del 1994 e il nuovo rito abbreviato con decisione immediata ex art. 19 D.L. n. 67 del 1997: analisi delle differenze.

Come osserva attenta dottrina²⁵² l'art. 31-bis L. cit. inaugura una tendenza che connoterà anche i successivi interventi legislativi e che rappresenterà il *quid proprium* del rito speciale in materia di appalti pubblici: “rito speciale inteso non solo come rito accelerato, ma anche come processo a cognizione sommaria”²⁵³, in cui la fase cautelare è destinata ad essere quasi obliterata e a concentrarsi con quella di merito.

Tale caratteristica, infatti, si fa più insistente con l'introduzione dell'art. 19 D.L. 25 marzo 1997, n. 67, convertito nella legge 23 maggio 1997, n. 135²⁵⁴, il quale, sempre in un'ottica acceleratoria e, dunque, per assicurare la rapida realizzazione delle opere pubbliche, disegna un nuovo rito speciale in materia di appalti pubblici che si differenzia sotto più angolazioni dal processo abbreviato ex art. 31- bis della legge Merloni.

L'art. 19, co. 2, D.L. n. 67 del 1997 disciplina un rito abbreviato con decisione immediata in cui può essere trasformato il rito accelerato previsto all'art. 19, co. 3, 4, 5, 6, D.L. cit.²⁵⁵.

²⁵¹ Osserva Corte Cost., 16 luglio 1996, n. 249, che l'essenzialità e l'irrinunciabilità della tutela cautelare deriva anche dall'art. 2 della direttiva ricorsi 89/665/CEE, che “fa carico agli Stati membri di disciplinare i ricorsi in questione attribuendo alle relative autorità il potere di «prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici».

²⁵² M. RAMAJOLI, *La tutela cautelare nel contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici*, op. cit., 931, la quale aggiunge che si tratta di una tendenza “già inaugurata e percorsa sempre con maggior decisione dal legislatore anche nell'ambito del processo civile”. Per maggiori dettagli sullo sviluppo di tale tendenza nel processo civile cfr. A. PROTO PISANI, *Verso la residualità del processo a cognizione piena?*, in *Foro it.*, 2006, V, 53 ss.

²⁵³ M. RAMAJOLI, *La tutela cautelare nel contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici*, op. loc. cit.

²⁵⁴ Per un esaustivo commento dell'art. 19 D.L. n. 67 del 1997 e, dunque, del rito speciale da esso introdotto cfr., fra gli altri, M. LIPARI, *Commento all'art. 19*, in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici. Commentario*, a cura di F. CARINGELLA, Milano, 1999, 1011 ss.

²⁵⁵ S. MENCHINI, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, op. cit., 952 ss. suggerisce di suddividere idealmente l'art. 19 D.L. cit. in due parti: i commi 3, 4, 5, 6, disciplinano un rito accelerato a cognizione piena; mentre il comma 2 prevede un rito abbreviato a cognizione sommaria in cui può essere trasformato il rito accelerato. Secondo l'Autore se il rito accelerato è conforme ai principi costituzionali in materia di azione (artt. 3, 24, 113, 125, co. 2, Cost.), nonché dei precetti costituzionali sul “giusto e dovuto processo”, perché consente alla parte di esercitare appieno le proprie difese, dal momento che l'udienza di discussione è differita, seppur per un breve periodo; il rito abbreviato ex art. 19, co. 2, D.L. cit., come si vedrà, dà adito a diversi dubbi di legittimità costituzionale, tant'è vero che sul punto si registra una decisione della Consulta. Chiarisce ancora l'Autore che i presupposti del passaggio dal rito accelerato a cognizione piena a quello abbreviato a cognizione sommaria sono: la proposizione della domanda cautelare ad opera del ricorrente e la determinazione del giudice, al quale spetta la facoltà di decidere se definire immediatamente la causa nel merito. La volontà delle parti è, invece, irrilevante.

L'art. 19, co. 2, D.L. cit. consente al giudice amministrativo, qualora ritenga che la causa sia matura per la decisione di merito, di definire "immediatamente" il giudizio nel merito all'esito dell'udienza cautelare, emanando una sentenza avente motivazione abbreviata²⁵⁶.

Dunque, a differenza del rito abbreviato descritto dall'art. 31-*bis*, co. 3, L. cit., l'art. 19, co. 2, D.L. cit.,²⁵⁷ non attribuisce alle parti la facoltà di chiedere che la causa sia decisa immediatamente nel merito, ma all'iniziativa del giudice²⁵⁸. Inoltre, l'art. 31-*bis* L. cit., come accennato, introduce un rito abbreviato con decisione differita, così definito in quanto la trattazione della causa nel merito non avviene immediatamente, non si sostituisce alla fase cautelare, ma viene fissata una nuova udienza per la discussione del merito, seppure ad una distanza temporale breve²⁵⁹; diversamente, l'art. 19, co. 2, D.L. cit., consente al giudice d'ufficio di decidere immediatamente il merito della controversia all'esito dell'udienza cautelare, senza necessità di fissare un'apposita ed autonoma udienza per la trattazione del merito²⁶⁰.

L'accelerazione processuale perseguita dall'art. 19 D.L. cit. è realizzata attraverso un'altra peculiarità che distingue il rito disciplinato dalla suddetta norma rispetto al processo abbreviato previsto dall'art. 31-*bis* L. cit.: la riduzione alla metà di tutti i termini processuali, compreso, secondo l'interpretazione all'epoca prevalente nella giurisprudenza amministrativa²⁶¹, il termine

²⁵⁶ Per essere più precisi, come chiarisce M. RAMAJOLI, *La tutela cautelare nel contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici*, op. cit., 932, l'art. 19, co. 2, D.L. cit. attribuisce al giudice amministrativo la facoltà di scegliere se pronunciarsi sull'istanza di sospensiva, ovvero definire immediatamente il merito in esito all'udienza cautelare.

²⁵⁷ R. DE NICTOLIS, *Il rito in materia di opere pubbliche dalla legge Merloni all'art. 19 d.l. 67/97*, op. cit., 1173 ss., individua le principali differenze intercorrenti tra il rito disciplinato, rispettivamente, dagli artt. 19, co. 2, D.L. cit. e 31-*bis*, co. 3, L. cit., sottolineando, *in primis*, il differente ambito applicativo: l'art. 19 D.L. cit. ha un ambito di applicazione più ampio rispetto all'art. 31-*bis*, co. 3, L. cit. Nel testo della presente trattazione si metteranno in luce le diversità concernenti le regole procedurali, ossia le differenze tra i due riti (abbreviato con decisione immediata e abbreviato con decisione differita).

²⁵⁸ Chiarisce R. DE NICTOLIS, *Il rito in materia di opere pubbliche dalla legge Merloni all'art. 19 d.l. 67/97*, op. cit., 1174, che riguardo al rito abbreviato *ex art. 19 D.L. cit.* la richiesta delle parti "non è né necessaria, né vincolante".

²⁵⁹ Com'è stato spiegato, ai sensi dell'art. 31-*bis*, co. 2, L. cit. l'udienza di merito deve celebrarsi entro novanta giorni dalla data dell'ordinanza di sospensione; invece, il comma 3 prescrive che la trattazione del merito debba avvenire, a seconda dei casi, entro sessanta o novanta giorni. Cfr. più ampiamente sul punto R. DE NICTOLIS, *Il rito in materia di opere pubbliche dalla legge Merloni all'art. 19 d.l. 67/97*, op. cit., 1174.

²⁶⁰ A causa delle caratteristiche appena descritte S. MENCHINI, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, op. cit., 952 ss., definisce il rito disciplinato all'art. 19, co. 2, D.L. cit. rito abbreviato con decisione immediata.

²⁶¹ Il termine ordinario di proposizione dell'azione di annullamento nel processo amministrativo è di sessanta giorni. Tuttavia, l'art. 19, co. 3, D.L. cit. disponeva: "tutti i termini processuali sono ridotti alla metà ed il dispositivo della sentenza è pubblicato entro sette giorni dalla data dell'udienza con deposito in cancelleria". Dunque, gran parte della dottrina e della giurisprudenza amministrativa riteneva che il dimezzamento dei termini processuali in materia di appalti pubblici si riferisse anche al termine di notifica del ricorso introduttivo di primo grado, che da sessanta giorni veniva ridotto a trenta. Era questo l'orientamento prevalente, anche se non mancavano voci dissenzienti secondo cui il termine di decadenza per la notifica del ricorso principale non rientrava nella categoria dei termini processuali, in quanto il rapporto processuale si instaura con il deposito e non con la notifica del ricorso. Di conseguenza, il termine medesimo non era soggetto al dimezzamento processuale previsto dall'art. 19, co. 3, D.L. cit. Tuttavia, con uno sforzo interpretativo, la gran parte della giurisprudenza amministrativa lo considerava termine processuale. Aderiscono a tale indirizzo anche il giudice che ha rimesso la questione di legittimità costituzionale della norma *de qua* alla Consulta e la Consulta medesima. Per la giurisprudenza amministrativa aderente a tale orientamento cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 1998, n. 695; Id., sez. IV, 29 maggio 1998, n. 789; Id., sez. IV, 27 novembre 1998, n. 1431; Id., sez.

per la proposizione del ricorso introduttivo di primo grado. L'eccessiva brevità del termine di notifica del ricorso principale ha destato dubbi di legittimità costituzionale della norma.

Il differimento dell'udienza di merito previsto dall'art. 31-bis, co. 3, L. cit. consente al giudice di adottare una pronuncia di merito che sia preceduta da un'analisi approfondita della controversia, in quanto il periodo temporale che separa l'udienza cautelare da quella di merito permette alle parti di esercitare i poteri previsti all'art. 23, co. 4, L. Tar, ossia la possibilità di articolare compiutamente la prova, nonché di sviluppare la propria tesi difensiva mediante le memorie conclusionali. Dunque, si consente alle parti di utilizzare gli ordinari poteri difensivi, rendendo il rito descritto compatibile con i dettami costituzionali in tema di diritto di azione e di difesa, nonché con i principi del giusto processo²⁶².

Al contrario, l'art. 19, co. 2, D.L. cit., attribuendo al giudice il potere discrezionale di definire immediatamente la causa nel merito già all'esito dell'udienza cautelare²⁶³, impedisce alle parti di godere di un termine, seppur breve, per adeguare e completare le proprie difese. Di conseguenza, il provvedimento giurisdizionale non è preceduto da una valutazione approfondita di tutte le questioni di merito, dal momento che le risultanze emerse nel corso dell'udienza cautelare non possono essere arricchite tramite il potere riconosciuto alle parti ex art. 23, co. 4, L. n. 1034/1971. Le fasi di trattazione e di decisione non sono predeterminate dalla legge, come per l'art. 31-bis L. cit., ma sono rimesse alla discrezionalità del g.a., il quale può decidere di definire immediatamente la causa nel merito sostituendo, così, l'adozione del provvedimento cautelare con una sentenza definitiva nel merito (in forma abbreviata)²⁶⁴. L'omessa predeterminazione legale delle fasi

IV, 17 dicembre 1998, n. 1816; Id., sez. IV, 29 gennaio 1999, n. 96. Per quanto riguarda, invece, la giurisprudenza amministrativa secondo cui i termini processuali sono solo quelli endoprocessuali e, dunque, il dimezzamento processuale non si applica anche al termine di notifica del ricorso principale in materia di appalti pubblici cfr. Tar Liguria, sez. II, 29 ottobre 1998, n. 748; Tar Puglia, Bari, 9 gennaio 1998, n. 1. Per maggiori dettagli sull'argomento in dottrina cfr. L. D'EVOLI, *Il tempo e il processo amministrativo: il caso del rito speciale dell'appalto di opere pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 246, nello specifico, la nota 6; R. DE NICTOLIS, *Il rito in materia di opere pubbliche: dalla legge Merloni all'art. 19 d.l. n. 67/97, op. cit.*, 1174, spec. nota 5.

²⁶² Come ha cura di precisare S. MENCHINI, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate, op. cit.*, 961 ss., tali caratteristiche rendono il rito abbreviato descritto dall'art. 31-bis, co. 3, L. cit., conforme ai principi costituzionali in tema di diritto di azione, in quanto si tratta di un processo abbreviato, ma a cognizione piena, che consente la conservazione delle forme e delle garanzie della fase decisoria, unitamente alla possibilità riconosciuta alle parti di articolare appieno le proprie difese in modo da far precedere la pronuncia giurisdizionale da un'approfondita analisi della controversia. Aggiunge, inoltre, l'Autore che sono rispettati i principi costituzionali del "giusto e dovuto processo", dal momento che "a) la discussione del merito non avviene immediatamente, ma è in ogni caso fissata un'apposita udienza con concessione alle parti di termine per il deposito di memorie e di documenti; pertanto, il diritto di difesa ha modo di spiegarsi in maniera esaustiva, con pienezza di poteri (istruttori e non) delle parti; b) la trasformazione del rito è disposta non *ex officio* ma su richiesta dei legittimati passivi, i quali manifestano l'intenzione di rinunciare al normale *iter* procedimentale (semmai, è da rilevare che, forse in modo non opportuno, non è richiesto il consenso del ricorrente)".

²⁶³ Il merito si decide nella stessa camera di consiglio fissata per la trattazione della domanda cautelare.

²⁶⁴ Un'altra particolarità che distingue il rito disciplinato all'art. 19 D.L. cit. dal processo ex art. 31-bis, L. cit. riguarda le regole di pubblicazione della sentenza. La decisione adottata ex art. 31-bis L. cit. ha la forma di una sentenza ordinaria, da motivarsi secondo le regole generali e che rispetta i termini ordinari di deposito; mentre il giudizio ex art. 19 D.L. cit. termina con una sentenza particolare, vale a dire con una decisione che sostituisce il provvedimento cautelare (anche se si tratta pur sempre di un provvedimento definitivo, ossia di una sentenza definitiva nel merito).

processuali rimette al giudice un potere discrezionale che ha ricadute negative sui poteri difensivi delle parti, compromettendo pesantemente l'esercizio del diritto di difesa costituzionalmente garantito²⁶⁵.

4. Le censure di illegittimità costituzionale sollevate in riferimento ai commi 2 e 3 dell'art. 19 D.L. n. 67 del 1997.

La formulazione dell'art. 19, co. 2 e 3, D.L. cit. aveva determinato in dottrina e in giurisprudenza non pochi dubbi in ordine alla compatibilità della norma in esame con l'esercizio del diritto di azione e di difesa, che si sono concretizzati nella devoluzione della questione di legittimità costituzionale della disposizione censurata al Giudice delle leggi²⁶⁶.

Tuttavia, quest'ultima presenta delle peculiarità, dal momento che il dispositivo va depositato entro sette giorni e la motivazione, che ha "forma abbreviata", nel termine di ventitré giorni, ossia metà del termine ordinario di deposito. Cfr. più ampiamente R. DE NICTOLIS, *Il rito in materia di opere pubbliche: dalla legge Merloni all'art. 19 d.l. n. 67/97*, op. cit., 1174.

²⁶⁵ Le caratteristiche appena menzionate hanno spinto S. MENCHINI, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, op. cit., 959 ss., a definire il rito in esame "un processo a cognizione *superficiale* o *sommaria*", che dà luogo a molteplici dubbi di legittimità costituzionale per contrasto con i dettami costituzionali in tema di diritto di azione e di difesa (artt. 3, 24 e 113 Cost.). *In primis*, a parere dell'Autore, risulta violato il diritto di difesa ex art. 24, co. 1 e 2, Cost., in quanto sono "sottratti alle parti poteri fondamentali, quali quello di proporre motivi aggiunti e, soprattutto, quelli indicati dall'art. 23, quarto comma, L. n. 1034/1971, vale a dire la facoltà di completa articolazione della prova (deposito documenti) e di esauriente svolgimento delle deduzioni e delle argomentazioni sui punti controversi di fatto e di diritto (deposito delle memorie finali)". In secondo luogo, è violato il combinato disposto degli artt. 3 e 24 Cost., "in quanto la discussione e la decisione immediate, senza che sia preventivamente concesso un termine seppure breve per l'adeguamento e per il completamento delle difese, è disposta discrezionalmente dal giudice, quando la causa appaia a lui matura per la decisione, a prescindere dalla volontà e dalle esigenze difensive delle parti; la mancata predeterminazione legale dei criteri per l'esercizio del potere, controllabili in punto di ragionevolezza anche a livello costituzionale, rimette esclusivamente al tribunale una scelta che ha ripercussioni gravi sulle attribuzioni difensive, consentendo così che, a discrezione del giudice, controversie relative a situazioni soggettive identiche vengano trattate arbitrariamente in modo profondamente diverso tra di loro (ossia, con il processo sommario semplificato di cui al comma 2 dell'art. 19, piuttosto che con quello a cognizione piena di cui ai commi 3, 4, 5 e 6 dello stesso articolo)". Osserva ancora l'Autore che il rito accelerato ex art. 19, co. 3, 4, 5 e 6, D.L. cit. è conforme ai principi costituzionali in tema di diritto di azione e di difesa, poiché se da un lato lo scopo acceleratorio è realizzato attraverso la dimidiazione di tutti i termini processuali e si attecchiano diversamente le regole di pubblicazione della sentenza, per quanto concerne la costituzione delle parti e l'attuazione del contraddittorio, i mezzi di prova esperibili, nonché le forme delle fasi istruttoria e decisoria, si applicano le regole ordinarie. Si tratta, dunque, di un "rito speciale a *cognizione piena ed esauriente*, alternativo a quello ordinario". La facoltà riconosciuta alle parti di spiegare compiutamente le proprie difese, esercitando soprattutto i poteri ex art. 23, co. 4, L. Tar, "essendo l'udienza di discussione in ogni caso differita con l'assegnazione di un esiguo termine", rende il rito *de quo* conforme ai principi costituzionali in materia di azione (artt. 3, 24, 113, 125, co. 2, Cost.) perché "è assicurato in maniera esaustiva il diritto di difesa nelle varie fasi (preparatoria, istruttoria e decisoria)". "Unica perplessità, al riguardo, può essere eventualmente rappresentata dalla congruità del termine di trenta giorni per proporre la domanda". Sulla stessa linea di pensiero si pone P. SALVATORE, *Il contenzioso in tema di lavori pubblici. Le aree problematiche. Le scelte processuali*, in *Consiglio di Stato*, 1999, 633 ss.

²⁶⁶ Il Tar Trentino Alto Adige era stato chiamato a decidere, in sede cautelare, su due ricorsi aventi ad oggetto l'annullamento di atti di aggiudicazione di appalti di lavori pubblici e, avendo rilevato che in entrambi i casi si trattava di controversie soggette alla particolare disciplina dettata dall'art. 19 D.L. cit., con due ordinanze analoghe 8 gennaio 1998, n. 187 e 188, solleva d'ufficio la questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, co. 2 e 3, D.L. n. 67 del 1997, in riferimento agli artt. 3, 24, 103, co. 1, 113 e 125, co. 2, Cost. Ad onore del vero la prima delle due ordinanze affronta ambo le censure, mentre la seconda si sofferma unicamente sulla presunta soppressione della tutela cautelare ex art. 19, co. 2, D.L. n. 67 del 1997. Dunque, nell'ordinanza 8 gennaio 1998, n. 187 il giudice *a quo*, chiamato a pronunciarsi sull'eccezione di tardività del ricorso, poiché presentato oltre il termine di trenta giorni stabilito dall'art. 19, co. 3, D.L. cit., solleva d'ufficio questione incidentale di legittimità costituzionale del comma in esame per violazione degli artt.

Riguardo alla censura sollevata in riferimento all'art. 19, co. 2, D.L. cit., oltre alle suesposte criticità, il giudice rimettente rileva che il potere attribuito al g.a. di decidere immediatamente il merito, eliminando di fatto la fase cautelare, sarebbe lesivo del diritto di difesa, "risolvendosi in una illegittima limitazione del diritto delle parti di richiedere ed ottenere un provvedimento cautelare"²⁶⁷. A parere del giudice *a quo* si ha uno spostamento dell'impulso processuale in capo al giudice, in deroga al principio dispositivo, poiché la domanda del ricorrente di adozione di un provvedimento cautelare si converte, senza una sua espressa richiesta, in una domanda di trattazione della causa nel merito, "peraltro con una procedura sommaria"²⁶⁸. Inoltre, l'illegittima soppressione, o almeno la grave compressione, della tutela cautelare sarebbe anche in contrasto con la disposizione della direttiva ricorsi 89/665/CEE che ha imposto ai singoli Stati membri di prevedere una tutela d'urgenza nell'ambito del rito in materia di appalti pubblici.

Riguardo, invece, alla seconda censura sollevata in riferimento all'art. 19, co. 3, D.L. cit., che prevede la riduzione a metà di tutti i termini processuali, compreso il termine di decadenza per proporre il ricorso introduttivo, il giudice *a quo* ritiene che l'eccessiva brevità del termine comporti una lesione dell'esercizio del diritto di difesa costituzionalmente garantito (artt. 24, 103, co. 1, 113 e 125, co. 2, Cost.).

Inoltre, la norma censurata si pone altresì in contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto la dimidiazione del termine di proposizione del ricorso principale risulta irragionevole, poiché causa un'ingiustificata disparità di trattamento sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo. La disparità di trattamento deriva dall'applicazione del brevissimo termine solo per determinate categorie di soggetti, ossia i partecipanti alle gare d'appalto e i cittadini espropriati, e solo per specifici provvedimenti, vale a dire quelli relativi alle gare e quelli espropriativi²⁶⁹. Secondo il Tar rimettente anche in questo caso vi sarebbe un contrasto con le disposizioni della direttiva 89/665/CEE: la brevità del termine rende oltremodo gravoso l'esercizio del diritto di azione e di difesa, con

3, 24 e 113 Cost., nella parte in cui prevede la dimidiazione di tutti i termini processuali, ivi compreso quello per la notifica del ricorso introduttivo del giudizio che l'art. 21, legge 6 dicembre 1971, n. 1034 aveva fissato in sessanta giorni. Le suddette ordinanze sono commentate da A. TRAVI, *Dubbi sulla legittimità del giudizio abbreviato in materia di opere pubbliche*, in *Urb. e app.*, 1998, 945 ss.

²⁶⁷ Sono le parole riportate da Corte Cost., 10 novembre 1999, n. 427, attribuibili al giudice rimettente, il quale, secondo quanto riferito dalla Consulta nella parte in fatto, ritiene che la norma censurata abbia concesso al giudice la facoltà "di superare la fase cautelare anche in assenza di una specifica concorde richiesta delle parti. L'esercizio di questa facoltà, indipendentemente da una previa e specifica fissazione dell'udienza di discussione nel merito del ricorso risulterebbe lesiva del diritto di difesa, garantito dagli artt. 3, 24 e 113 Cost., risolvendosi in una illegittima limitazione del diritto delle parti di richiedere ed ottenere un provvedimento cautelare".

²⁶⁸ Cfr. anche sul punto M. RAMAJOLI, *La tutela cautelare nel contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici*, *op. cit.*, 932, la quale afferma con fermezza che "non c'è dubbio che l'art. 19 del d.l. n. 67 avesse introdotto un'ipotesi di cognizione sommaria *sostitutiva della tutela cautelare*: la norma infatti rimetteva alla discrezionalità del giudice la scelta se pronunciarsi sull'istanza di sospensiva o decidere immediatamente la causa nel merito".

²⁶⁹ Si tratta di processi che, a parere del Tar rimettente, necessiterebbero più di altri di un tempo adeguato per verificare la legittimità dell'atto oggetto di impugnazione. E, invece, l'art. 19, co. 3, D.L. cit. prevede addirittura che il termine di notifica del ricorso introduttivo sia dimezzato.

conseguente violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale. In tal modo, si viola anche la direttiva ricorsi 89/665/CEE, che aveva imposto agli Stati membri di prevedere rimedi rapidi ed efficaci, ossia di rendere la tutela realmente effettiva, per consentire la più ampia partecipazione degli operatori economici alle gare d'appalto, *ergo* per assicurare la tutela della concorrenza²⁷⁰.

In definitiva, a parere del giudice *a quo* le suddette disposizioni sarebbero incostituzionali, in quanto lederebbero il diritto di difesa e di effettività della tutela giurisdizionale²⁷¹, “sotto i profili della soppressione della tutela cautelare²⁷² e della riduzione²⁷³, oltre i limiti della ragionevolezza, dei termini processuali”²⁷⁴.

4.1. (Segue) La concentrazione della fase cautelare con quella di merito non viola l'esercizio del diritto di difesa e il principio di effettività della tutela giurisdizionale. La decisione della Consulta.

La Corte Costituzionale, dopo aver sintetizzato le censure di illegittimità costituzionale sollevate dal giudice rimettente²⁷⁵, espone, con una sentenza interpretativa di rigetto²⁷⁶, le ragioni per cui ritiene entrambe le questioni non fondate.

Riguardo alla prima censura il Giudice delle leggi ritiene che il meccanismo processuale descritto dall'art. 19, co. 2, D.L. cit. non sia incompatibile con l'esercizio del diritto di difesa e con il

²⁷⁰ Più nello specifico, se la tutela giurisdizionale è resa maggiormente difficoltosa le imprese saranno disincentivate dal partecipare alle gare d'appalto, sapendo che se dovesse sorgere un contenzioso non esistono rimedi rapidi ed efficaci, tesi a garantire una tutela realmente effettiva. La direttiva 89/665/CEE voleva assicurare alle imprese una tutela effettiva proprio per ampliare la loro partecipazione alle gare d'appalto e realizzare l'obiettivo finale della normativa comunitaria che consiste nella tutela della concorrenza. È ora chiaro che se si viola il principio di effettività, si lede anche la direttiva 89/665/CEE che impone il rispetto di tale principio unitamente alla realizzazione della libertà di concorrenza.

²⁷¹ Come osserva il giudice rimettente il meccanismo processuale descritto dall'art. 19, co. 2, D.L. si risolverebbe “in una sostanziale conculcazione della pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale”, dal momento che l'unica strada percorribile “per la parte che non voglia rischiare di vedersi opporre – in sede di trattazione cautelare – una immediata decisione di merito, sarebbe, infatti, la rinuncia alla presentazione dell'istanza di sospensiva”. Tale rinuncia contrasterebbe con il principio di essenzialità della tutela cautelare, considerata essenziale per esercitare compiutamente il diritto di difesa, desumibile dagli artt. 24, 103, co. 1, 113 e 125 Cost. Il principio in esame era già stato considerato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 249 del 1996 che aveva individuato, per la prima volta, il fondamento costituzionale dell'essenzialità ed irrinunciabilità della tutela cautelare nell'art. 24 Cost. Cfr. sul punto F. DELLA VALLE, *Il rito abbreviato degli appalti supera il vaglio di costituzionalità*, in *Urb. e app.*, 1999, 1297.

²⁷² Tale censura è mossa in riferimento all'art. 19, co. 2, D.L. n. 67 del 1997.

²⁷³ Censura avente ad oggetto il comma 3 della norma assoggettata al sindacato di costituzionalità.

²⁷⁴ Cfr., testualmente, Corte Cost., 10 novembre 1999, n. 427.

²⁷⁵ Esposte nel paragrafo precedente.

²⁷⁶ Si tratta della celebre sentenza Corte Cost., 10 novembre 1999, n. 427, commentata fra gli altri da A. ROMANO, *Sulla dimidiazione dei termini processuali in materia di opere pubbliche*, in *Foro it.*, 2000, 746 ss.; L. D'EVOLI, *Il tempo e il processo amministrativo: il caso del rito speciale dell'appalto di opere pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 240 ss.; F. DELLA VALLE, *Il rito abbreviato degli appalti supera il vaglio di costituzionalità*, *op. cit.*, 1293 ss.; G. CALDERONI, *Rito speciale per le opere pubbliche e “giusto processo” amministrativo*, in *Riv. trim. app.*, 1999, 716 ss.; V. SALAMONE, *Orientamenti giurisprudenziali sul rito abbreviato dell'art. 19 del D.L. 25 marzo 1997, n. 67*, in *www.diritto.it*.

principio di effettività della tutela giurisdizionale, in quanto il g.a. potrà definire immediatamente la causa nel merito, non discrezionalmente, ma quando siano rispettate tutte le condizioni che consentano al giudice di adottare una sentenza definitiva, preceduta da un'analisi approfondita delle questioni di merito e che sia permesso alle parti di spiegare al meglio le proprie difese²⁷⁷. Qualora tali presupposti non dovessero sussistere, allora il giudice dovrà pronunciarsi sulla domanda cautelare, non potendo procedere alla definizione immediata del merito²⁷⁸.

Alla luce di tali considerazioni, a parere della Consulta, non vi è un'obliterazione della tutela cautelare, in quanto quest'ultima è resa superflua "da una tutela ancora più piena ed immediata"²⁷⁹. Difatti, l'immediata definizione della lite nel merito con una sentenza definitiva supera la necessità di predisporre una tutela cautelare, attesa l'immediatezza e la pienezza assicurate dalla tutela di merito.

Sul punto parte della dottrina²⁸⁰ si mostra scettica, poiché se non vi è alcun dubbio sull'immediatezza della tutela, molteplici perplessità sorgono sul carattere della pienezza: la ragionevole durata del processo, dunque, le esigenze di celerità, determinano una compressione dell'esercizio del diritto di difesa delle parti.

Inoltre, continua la Consulta, non vi è una violazione del principio dispositivo e una concentrazione dell'impulso processuale in capo al giudice, in quanto nel processo amministrativo è fatto divieto al ricorrente di proporre la sola domanda cautelare, dovendo quest'ultima, per il suo carattere ancillare e strumentale²⁸¹, "seguire o accompagnare un ricorso per una decisione definitiva della

²⁷⁷ Chiarisce Corte Cost., 10 novembre 1999, n. 427, che il legislatore con l'art. 19 ha tipizzato "un nuovo modello di sentenza (definitiva del giudizio) in forma abbreviata sia per la motivazione, sia per i termini di deposito e pubblicazione del dispositivo (sette giorni)" sia perché sostitutiva dell'ordinanza cautelare. Tuttavia, non si tratta di una sentenza che il g.a. può adottare discrezionalmente o senza valutazioni, ma, pur avendo forma abbreviata, devono sussistere le condizioni necessarie per l'emanazione di un'ordinaria sentenza che definisce il giudizio, "come l'integrità del contraddittorio, la completezza delle prove necessarie per la pronuncia che deve essere emessa e gli adempimenti processuali previsti anche per la tutela del diritto di difesa di tutte le parti". Di conseguenza, "presupposto della sentenza in forma abbreviata...è che si tratti, nelle particolari materie indicate dalla legge, di questioni definibili immediatamente e quindi solo in queste ipotesi vi è una alternativa rispetto alla pronuncia sulla domanda di sospensione, che rimane quindi superata ed assorbita dalla definizione della lite, che assicura, come decisione finale, una effettività e completezza di tutela giurisdizionale, con esercizio dello stesso potere di cognizione del giudizio ordinario".

²⁷⁸ L'alternatività tra la trattazione della fase cautelare e l'immediata definizione del merito della controversia viene meno e, dunque, il giudice è necessitato a pronunciarsi sull'istanza cautelare, qualora non si tratti di questioni definibili immediatamente e non sono state rispettate le condizioni che precedono l'adozione di una sentenza definitiva quali l'integrità del contraddittorio e la possibilità per le parti di articolare appieno la prova e, dunque, di utilizzare gli ordinari poteri difensivi.

²⁷⁹ Corte Cost., 10 novembre 1999, n. 427.

²⁸⁰ M. RAMAJOLI, *La tutela cautelare nel contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici*, op. cit., 932, In senso analogo si esprime S. MENCHINI, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, op. cit., 959 ss., il quale, come chiarito in precedenza, ha definito il rito in esame "un processo a cognizione *superficiale* o *sommario*", che non consente alle parti di utilizzare gli ordinari poteri difensivi. *Contra* F. DELLA VALLE, *Il rito abbreviato degli appalti supera il vaglio di costituzionalità*, op. cit., 1299 ss. che si allinea alle conclusioni a cui è giunta la Consulta.

²⁸¹ È noto che la tutela cautelare è strumentale alla tutela di merito.

lite”²⁸². Dunque, la sentenza che viene emanata in sostituzione del provvedimento cautelare, anche se in forma abbreviata, presenta tutte le caratteristiche di un’ordinaria sentenza, dal momento che è preceduta da una cognizione piena e non da una “procedura sommaria”.

La Corte conclude sostenendo che “ogni procedimento giurisdizionale, che assicuri con la definizione della lite la immediata ed effettiva tutela definitiva, in tempi sostanzialmente equivalenti ad un intervento cautelare ed interinale del giudice, rende superflua e assorbe la fase della sospensiva, superando, dal punto di vista temporale e degli effetti, l’adozione di provvedimenti provvisori e cautelari”²⁸³.

4.1.1. (Segue) La compatibilità costituzionale del dimezzamento del termine di notifica del ricorso introduttivo di primo grado.

Per quanto concerne, invece, la seconda censura sollevata dal giudice rimettente la Consulta ritiene che la dimidiazione del termine di decadenza per la proposizione del ricorso introduttivo non violi l’art. 3 Cost., in quanto l’art. 19 D.L. cit. detta una disciplina processuale derogatoria rispetto al rito ordinario, ove l’esigenza di assicurare la rapidità nella definizione delle controversie è maggiormente avvertita rispetto ad altri settori dell’ordinamento giuridico. Pertanto, la deroga al regime ordinario è giustificata dalla diversità e peculiarità della materia.

Dunque, non sussiste un’ingiustificata disparità di trattamento, in quanto è riconosciuta al legislatore la facoltà, in relazione a determinati settori in cui le esigenze di celerità assurgono ad interessi pubblici primari, di velocizzare la procedura anche accelerando il termine di proposizione del ricorso principale, sempre nel rispetto dei canoni della congruità e ragionevolezza del termine medesimo²⁸⁴.

In definitiva, secondo la Consulta il termine oggetto di sindacato non è irragionevole, dal momento che non sussiste la presunta disparità di trattamento e non esiste un principio generale “che imponga l’identità dei termini processuali, potendo questi essere differenziati secondo la tipologia delle azioni fatte valere”²⁸⁵.

²⁸² Corte Cost., 10 novembre 1999, n. 427.

²⁸³ Corte Cost., 10 novembre 1999, n. 427.

²⁸⁴ La Corte specifica che la disparità di trattamento sussisterebbe se le due situazioni poste a confronto fossero di identico contenuto, tuttavia, nel caso di specie, la deroga al regime ordinario si giustifica proprio sulla diversità delle situazioni comparate. In altri termini, l’art. 19 D.L. cit. disciplina un rito speciale ove l’esigenza di assicurare la rapidità nella definizione delle controversie è maggiormente avvertita rispetto ad altri settori dell’ordinamento giuridico. È proprio questa forte esigenza di celerità a rendere la disciplina in esame diversa e peculiare e, dunque, anche le regole processuali applicabili al rito *de quo* devono essere caratterizzate da una maggiore “velocità” rispetto a quelle relative al rito ordinario. In altri termini, è “la diversità e peculiarità della materia” a giustificare “la deroga al regime ordinario del processo”. Cfr. ancora sul punto Corte Cost., 10 novembre 1999, n. 427.

²⁸⁵ Corte Cost., 10 novembre 1999, n. 427. È infatti orientamento consolidato e confermato di recente dalla Consulta che in tema di istituti processuali e, dunque, per quel che qui interessa, riguardo alla fissazione della durata del termine di decadenza, il legislatore gode di un’ampia discrezionalità, purché le scelte compiute siano ragionevoli. Dunque, l’affermazione della Corte secondo cui non esiste un principio generale che importi l’identità dei termini processuali

Inoltre, la Corte Costituzionale confuta la tesi sostenuta dal giudice rimettente secondo cui il breve termine di notifica del ricorso introduttivo è incompatibile con l'esercizio del diritto di difesa garantito agli artt. 24 e 113 Cost.

La Corte parte da una premessa: il termine di decadenza di trenta giorni per la proposizione del ricorso introduttivo nel processo in materia di appalti pubblici non viola il diritto di difesa costituzionalmente garantito, "poiché non implica modalità di esercizio dell'azione così gravose da rendere impossibile od estremamente difficile l'esercizio della difesa e lo svolgimento della connessa attività processuale".

Tale premessa viene giustificata sulla base di un doppio ordine di argomentazioni²⁸⁶. In primo luogo, la Corte osserva che nel nostro ordinamento esistono numerose leggi che, per determinati settori caratterizzati da particolari esigenze di celerità nella risoluzione del contenzioso, prevedono un termine di notifica del ricorso principale pari a trenta giorni, ovvero il dimezzamento di tutti i termini processuali. In secondo luogo, richiamando un consolidato orientamento giurisprudenziale²⁸⁷, chiarisce che per verificare se effettivamente il termine oggetto di sindacato renda difficile l'esercizio del diritto di azione e di difesa bisogna considerare anche la funzione assegnata al termine medesimo dall'ordinamento giuridico²⁸⁸.

Non vi è dubbio che, nel caso di specie, il termine di trenta giorni è funzionale alla rapida definizione del giudizio tenuto conto della peculiarità della materia trattata. Dunque, assodato che il termine in esame soddisfi le esigenze di certezza, è necessario verificare che risponda anche alle

sembra essere il precipitato logico dell'opposto ma collegato principio secondo cui l'esercizio del diritto di azione e di difesa può essere regolato diversamente in base alla tipologia di processo in cui viene in rilievo (*ergo* anche i termini di decadenza per la proposizione dell'azione possono differenziarsi), l'importante è che non si frappongano limiti tali da rendere la tutela giurisdizionale concretamente inoperante. Per maggiori dettagli sul punto cfr. G. CALDERONI, *Rito speciale per le opere pubbliche e "giusto processo" amministrativo*, op. cit., 722.

²⁸⁶ Cfr. D'EVOLI, *Il tempo e il processo amministrativo: il caso del rito speciale dell'appalto di opere pubbliche*, op. cit., 246, in particolare, la nota 7.

²⁸⁷ La Corte nella sentenza in commento richiama un indirizzo giurisprudenziale che è presente anche nella sentenza n. 56 del 1979, secondo cui la congruità di un termine processuale in riferimento all'art. 24 Cost. va valutato non solo "in rapporto all'interesse di chi ha l'onere di osservarlo, ma anche con riguardo alla funzione assegnata al termine nell'ordinamento". Così efficacemente afferma Corte Cost., 10 novembre 1999, n. 427, la quale sul punto richiama alcuni suoi precedenti giurisprudenziali: Corte Cost., 13 novembre 1985, n. 284, cit.; Id., 18 gennaio 1977, n. 31, cit. In maniera simile dispone Corte Cost., 31 maggio 2000, n. 161, in tema di impugnazione del decreto di espulsione adottato dal Prefetto ad opera di un cittadino extracomunitario, ove si legge che "per valutare la congruità di un termine in relazione al principio sancito dall'art. 24, occorre comparare non soltanto l'interesse di chi è onerato dal rispetto di esso, ma anche il generale interesse dell'ordinamento al celere compimento dell'attività processuale soggetta al termine di decadenza".

²⁸⁸ È necessario trovare un parametro concreto che consiste nella verifica della funzione assegnata al termine dall'ordinamento, per valutare se il termine in esame renda effettivamente difficoltosa la tutela giurisdizionale. Tuttavia, una volta assodato che la funzione consiste nell'assicurare la rapidità della soluzione delle liti, occorre verificare se sia garantito il diritto di difesa, in modo che la tutela sia rispettosa del principio di effettività della tutela giurisdizionale. Qualora anche tale ultima verifica dovesse avere esito positivo, allora si può concludere per la congruità del termine.

esigenze di giustizia, onde evitare la violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale²⁸⁹.

Com'è stato chiarito più volte dalla Consulta la funzione assegnata al termine dall'ordinamento dipende dalla struttura e dalla tipologia del singolo procedimento contenzioso a cui esso inerisce. Pertanto, il legislatore può parametrare le condizioni di esercizio del diritto di difesa alle caratteristiche strutturali del singolo processo, nonché alla rilevanza degli interessi considerati, purché le scelte compiute in tema di istituti processuali siano ragionevoli e rispettose del canone dell'effettività²⁹⁰. A parere del Giudice delle leggi il termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso introduttivo “non riduce i tempi di preparazione delle necessarie difese al punto da pregiudicarne l'efficacia e la completezza, lasciando al ricorrente un congruo margine di valutazione”²⁹¹. Dunque, il brevissimo termine decadenziale non rende irragionevolmente difficoltoso l'esercizio del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.²⁹² e, conseguentemente, non arreca alcun *vulnus* all'effettività della tutela giurisdizionale, che non risulta compromessa. Pertanto, la Consulta ha ritenuto congruo il termine oggetto di sindacato, in quanto raggiunge il giusto equilibrio tra le esigenze di certezza e di giustizia. Si tratta, secondo la Corte, di un termine funzionale a garantire la celerità nella particolare materia delle opere pubbliche e, al contempo, compatibile con il diritto di azione e di difesa, in quanto “non comprime, oltre i limiti della ragionevolezza ed effettività, il diritto di cui all'art. 24 Cost.”²⁹³.

In altre parole, la Corte conclude per la congruità del termine *de quo*, poiché la sua brevità risponde alla funzione di garantire la rapidità della risoluzione delle liti, ma, nello stesso tempo, non rende impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di azione e di difesa, in ossequio al principio di effettività della tutela giurisdizionale.

²⁸⁹ Un termine di decadenza per essere considerato congruo e ragionevole deve raggiungere un giusto punto di equilibrio tra le esigenze di certezza e di giustizia. Le prime risultano, nel caso di specie, soddisfatte dalla rapidità nella definizione delle controversie; mentre le seconde implicano che il ricorrente possa esercitare appieno il diritto di azione e di difesa costituzionalmente garantito, pena la violazione non solo del suddetto diritto ma anche, in generale, del principio di effettività della tutela giurisdizionale, che sarebbe fortemente compromesso qualora la brevità del termine dovesse impedire al ricorrente medesimo di proporre un ricorso che sia efficace ed effettivo. Cfr. sul punto A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012, 123 ss.

²⁹⁰ Sul punto appare doveroso riportare, testualmente, le efficaci parole della Corte Costituzionale: “la specialità della materia ben può conformare la disciplina legislativa del diritto di difesa alle speciali caratteristiche della struttura dei singoli procedimenti, anche in relazione alla materia del contendere, purché non sia pregiudicato lo scopo e la funzione del processo e non sia compromessa l'effettività della tutela giurisdizionale”. Per suffragare la sua posizione la Consulta richiama alcuni suoi precedenti giurisprudenziali sull'argomento, per cui cfr. Corte Cost., 23 aprile 1998, n. 141; Id., 19 luglio 1968, n. 111; Id., 13 aprile 1995, n. 119; Id., 8 giugno 1994, n. 220.

²⁹¹ Corte Cost., 10 novembre 1999, n. 427.

²⁹² Le scelte discrezionali del legislatore in tema di istituti processuali sono considerate irragionevoli in riferimento all'art. 24 Cost. solo qualora frappongano degli ostacoli e rendano, dunque, oltremodo difficoltoso l'esercizio del diritto di difesa. In questo caso, la Corte ritiene che il termine di decadenza di trenta giorni consenta al ricorrente di approntare le sue difese, *ergo* di esercitare il diritto di difesa ed assicurare al ricorrente una tutela effettiva, in ossequio agli artt. 24 e 113 Cost.

²⁹³ Corte Cost. 10 novembre 1999, n. 427.

5. L'abrogazione dell'art. 19 D.L. n. 67 del 1997 e l'introduzione del rito abbreviato ex art. 23-bis L. Tar.

Il legislatore ordinario, forse risentendo delle critiche mosse dalla gran parte della dottrina all'art. 19 D.L. cit., che per garantire la ragionevole durata del processo aveva arrecato un *vulnus* all'esercizio del diritto di difesa costituzionalmente garantito, con l'art. 4 L. 21 luglio 2000, n. 205²⁹⁴ abroga l'art. 19 D.L. cit. ed introduce l'art. 23-bis alla L. Tar (L. n. 1034 del 1971)²⁹⁵.

Dunque, il legislatore nazionale, nonostante la Consulta con la sentenza n. 427 del 1999 avesse salvato la norma *de qua* da una dichiarazione di illegittimità costituzionale, accoglie le criticità esposte dalla maggior parte degli studiosi e modifica sotto diversi profili la disciplina del rito in materia di appalti pubblici.

L'art. 23-bis L. Tar, introdotto dall'art. 4, co. 1, L. n. 205 del 2000²⁹⁶, introduce un rito abbreviato che si distingue da quello descritto all'art. 19 D.L. cit. per i seguenti aspetti: A) ambito di applicazione; B) durata dei termini processuali; C) caratteri del rito speciale.

²⁹⁴ L'art. 4 della L. n. 205 del 2000 è rubricato "*Disposizioni particolari sul processo in determinate materie*" si articola in tre commi: i primi due sono dedicati al "microsistema del processo speciale accelerato", mentre il terzo si riferisce al rito in materia di accesso. Come già accennato, l'art. 4, co. 1, L. cit. inserisce nella L. Tar l'art. 23-bis che detta la disciplina del nuovo rito abbreviato, da non confondersi con il rito immediato ex art. 26, co. 4, L. Tar. Con l'art. 23-bis L. Tar si definisce "il complesso unitario e organico delle regole *speciali*, di carattere *acceleratorio*, applicabili solo a particolari *tipi* di controversie", tra cui rientrano quelle in materia di opere pubbliche. Il comma 2 dell'art. 4 L. cit., sempre nell'ottica di riordino e di razionalizzazione della disciplina processuale concernente particolari settori dell'ordinamento, perseguita anche dal comma 1, dispone l'abrogazione delle norme in materia di processi speciali accelerati e, per quel che qui interessa, dell'art. 19 D.L. n. 67 del 1997, la cui disciplina è confluita in parte nell'art. 23-bis L. Tar e in parte nell'art. 26 L. Tar. Cfr. in argomento M. LIPARI, *Il processo speciale accelerato: Art. 23-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di F. CARINGELLA – F. CINTIOLI, Milano, 2003, 1 ss.; ID., *Il nuovo rito in materia di opere pubbliche*, in *Urb. e app.*, 2001, 10 ss., il quale ha cura di precisare che le nuove regole introdotte dalla L. n. 205 del 2000 "fanno perno, essenzialmente, su due principi cardine: - la netta riduzione dei *termini processuali* ordinari (generalmente dimezzati); - la creazione di un *rito speciale eventuale* (la sua operatività è subordinata alla concreta sussistenza di ulteriori requisiti particolari), il quale, pur non definito espressamente dal legislatore, potrebbe essere denominato, per comodità espositiva, come *giudizio abbreviato*".

²⁹⁵ Più precisamente l'art. 4, co. 2, L. n. 205 del 2000 abroga l'art. 19 D.L. n. 67 del 1997; mentre con il comma 1 dell'art. 4 L. n. 205 del 2000 viene inserito l'art. 23-bis alla L. Tar. L'art. 9, co. 1, L. n. 205 del 2000 modifica il comma 4 dell'art. 26 L. Tar introducendo un nuovo giudizio immediato che, con alcune modifiche, ricalca parte della normativa prima contenuta nell'art. 19 D.L. cit. In altri termini, gran parte della normativa prevista dal vecchio art. 19 D.L. cit. confluisce in parte nell'art. 23-bis L. Tar (rito abbreviato) e, per altra parte, nei nuovi artt. 21, co. 9 e 26, co. 4, L. Tar, che disciplinano il rito immediato, avente portata generale. Cfr. sul punto M. LIPARI, *Il nuovo rito in materia di opere pubbliche*, *op. cit.*, 10 ss.; ID., *Il processo speciale accelerato: Art. 23-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034*, *op. cit.*, 1 ss.

²⁹⁶ Per un commento alla L. n. 205 del 2000 cfr. per tutti L. COSSU, *Osservazioni a prima lettura sulla l 21 luglio 2000 n. 205 (Disposizioni in materia di giustizia amministrativa)*, in www.giustizia-amministrativa.it

5.1. (Segue) Il più vasto ambito di applicazione dell'art. 23-bis L. Tar.

A) Sotto il primo profilo emerge che l'ambito di applicazione dell'art. 23-bis L. Tar risulta più vasto rispetto al previgente art. 19 D.L. cit., non essendo più limitato al settore delle opere pubbliche o di pubblica utilità, ma è esteso a tutte le altre tipologie di appalti²⁹⁷ e ad altre materie²⁹⁸. Inoltre, nell'ambito di applicazione del nuovo rito sono inclusi (*ex art. 23-bis*, co. 1, lett. b), L. Tar), oltre alle controversie aventi ad oggetto i provvedimenti relativi alle procedure di affidamento già contemplate nell'art. 19 D.L. cit., anche i bandi di gara e gli atti di esclusione dei concorrenti. Si tratta di un'apertura in perfetta linea con l'innovazione apportata dall'art. 23-bis, co. 1, L. Tar, che alle lettere a), b), c) utilizza sempre la locuzione “i provvedimenti relativi a procedure”, ove il riferimento al concetto di “procedure” è sintomatico dell'estensione dell'ambito applicativo della norma non solo ai provvedimenti finali²⁹⁹, ma anche agli atti endo-procedimentali immediatamente ed autonomamente lesivi, *ergo* suscettibili di immediata ed autonoma impugnazione.

Dunque, con l'espressa menzione dei bandi di gara e di esclusione³⁰⁰ si chiude definitivamente il dibattito sorto sull'art. 19 D.L. cit., ossia se il rito descritto da tale articolo fosse applicabile o meno agli atti *de quibus*³⁰¹.

Ulteriore novità che caratterizza la norma in esame rispetto al suo antecedente storico consiste nell'individuazione dell'ambito applicativo della nuova disposizione: quest'ultimo non è più identificato facendo riferimento in maniera generica alle materie³⁰², ma avendo riguardo alle controversie relative a determinati “provvedimenti”³⁰³.

²⁹⁷ Vale a dire agli appalti di servizi e di forniture.

²⁹⁸ Come i provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti.

²⁹⁹ Come il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

³⁰⁰ A differenza dell'art. 19 D.L. cit. che non li menzionava espressamente.

³⁰¹ Osserva sul punto M. LIPARI, *Il nuovo rito in materia di opere pubbliche, op. cit.*, 12, che rispetto all'art. 19 D.L. cit., “la formula linguistica” dell'art. 23-bis L. Tar ha un carattere molto più ampio. “Ciò sotto due profili: I) si effettua un preciso riferimento al vasto concetto di *procedure* (prima assente nell'art. 19); II) si menzionano espressamente gli atti di *esclusione* ed i *bandi di gara*”. Aggiunge l'Autore che l'espressa menzione di tale categoria di atti “chiude definitivamente il dibattito in ordine all'ambito operativo del processo speciale” sorto, in precedenza, relativamente all'art. 19 D.L. cit. Inoltre, l'espressa menzione degli atti *de quibus* ad opera dell'art. 23-bis L. Tar potrebbe avvalorare la tesi di chi sosteneva che i bandi e le esclusioni non rientrassero nell'ambito di applicazione del previgente art. 19 D.L. cit. Tra i sostenitori della suddetta tesi cfr. in dottrina N. PAOLANTONIO, *Tutela differenziata e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 976 ss.; per la giurisprudenza cfr. Cons. Stato, sez. IV, 29 maggio 1998, n. 789. Tuttavia, chiarisce Lipari che sembra preferibile ritenere “che, in questa parte, la nuova norma ha una funzione essenzialmente ricognitiva ed interpretativa dell'art. 19”.

³⁰² Osserva N. PAOLANTONIO, *Tutela differenziata e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 972, che rispetto alle norme previgenti l'ambito di applicazione dell'art. 23-bis L. Tar è individuato in maniera differente. Difatti, l'art. 23-bis, co. 1, L. Tar statuisce che “le disposizioni di cui al presente articolo si applicano nei giudizi davanti agli organi di giustizia amministrativa aventi ad oggetto: a) i provvedimenti...”, adottati nei vari settori indicati dalla norma. Dunque, non si tratta di una individuazione per materia come avveniva in passato, si pensi ad esempio all'art. 31-bis, co. 3, L. Merloni, applicabile “nei giudizi amministrativi aventi ad oggetto controversie in *materia* di lavori pubblici...”, bensì “di una precisa delimitazione della sfera applicativa del regime speciale mediante il riferimento a controversie relative a determinati provvedimenti”. Cfr. sul punto F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a., op. cit.*, 734 ss.

³⁰³ Si tratta della stessa formula linguistica che sarà adottata dall'art. 119 c.p.a., rubricato “rito abbreviato comune a determinate materie”, rispetto al quale l'art. 23-bis L. Tar risulta essere l'antecedente storico.

La nuova formulazione³⁰⁴ testimonia che l'art. 23-bis L. Tar si applica ai cc.dd. "processi impugnatori"³⁰⁵ e non introduce nuovi casi di giurisdizione esclusiva, in quanto non si tratta di una norma sulla giurisdizione, come l'art. 6 L. n. 205 del 2000, bensì di una disposizione che si limita ad individuare le controversie rientranti nell'ambito di applicazione del rito abbreviato³⁰⁶.

³⁰⁴ Dunque, la nuova formula linguistica utilizzata dall'art. 23-bis L. Tar per individuare l'ambito di applicazione della norma.

³⁰⁵ L'individuazione dell'ambito operativo della norma facendo costante riferimento ai "provvedimenti" non lascia adito a dubbi che le disposizioni dell'art. 23-bis L. Tar si applichino ai cc.dd. processi impugnatori. Si esprimono in tal senso N. PAOLANTONIO, *Tutela differenziata e processo amministrativo*, op. cit., 972; F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, op. cit., 734 – 735.

³⁰⁶ Come chiarisce N. PAOLANTONIO, *Tutela differenziata e processo amministrativo*, op. cit., 972 ss., poiché l'art. 23-bis L. Tar non individua il proprio ambito di applicazione riferendosi alle materie, ma alle controversie relative a determinati "provvedimenti" non rappresenta una norma sulla giurisdizione, bensì una norma sul rito. Difatti, non introduce nuovi casi di giurisdizione esclusiva, al contrario dell'art. 6 L. n. 205 del 2000 che è una norma sulla giurisdizione, in quanto specifica quali atti rientrano nell'ambito di applicazione della giurisdizione esclusiva del g.a. Secondo l'Autore due sono le motivazioni principali che giustificano tali affermazioni: 1) "innanzitutto perché, ai sensi dell'art. 103 Cost., il Legislatore può devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo «materie» individuate, laddove l'art. 23-bis individua controversie non in relazione a materie, ma a provvedimenti"; in secondo luogo, "ciò che è oggetto della giurisdizione, quindi, sono i provvedimenti, non i rapporti sui quali i provvedimenti possano ipoteticamente produrre effetti, ad ulteriore conferma che non si verte in un ambito di giurisdizione in cui si possa fare questione anche di diritti soggettivi". Aggiunge sul punto R. DE NICTOLIS, *Il riparto di giurisdizione*, in *Trattato di giustizia amministrativa*, a cura di F. CARINGELLA – R. GAROFOLI, Milano, 2008, 553 ss., che l'art. 23-bis L. Tar è una norma sul rito che "presuppone, anziché fondare, la giurisdizione amministrativa", ed è, conseguentemente, inidonea a radicare autonome ipotesi di giurisdizione esclusiva. Non essendo una norma sulla giurisdizione, bensì sul rito, bisogna procedere caso per caso per verificare se le singole ipotesi contemplate dalla norma in esame rientrino o meno nell'ambito di applicazione della giurisdizione esclusiva del g.a. (anche se molte di esse vi rientrano indubbiamente). Dunque, non vi è un'automatica coincidenza tra l'ambito di applicazione dell'art. 23-bis L. Tar e dell'art. 6 L. n. 205 del 2000, che è rubricata "*Disposizioni in materia di giurisdizione*", ma è un'analisi che va condotta caso per caso. Poiché dall'art. 6 L. n. 205 del 2000 si può dedurre la regola secondo cui la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste riguardo alle controversie "relative a procedure di affidamento" ed alla "scelta del contraente", mentre la fase di esecuzione, svolta secondo moduli privatistici, è attribuita alla cognizione del giudice ordinario, non sembrano esserci dubbi sul fatto che le lettere a), b) e c) dell'art. 23-bis L. Tar rientrino nell'ambito di applicazione dell'art. 6 L. n. 205 del 2000. Tuttavia, qualche Autore (cfr. per tutti A. BARTOLINI, *Il rito speciale per i «settori sensibili»*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, a cura di B. SASSANI – R. VILLATA, Torino, 2001, 185), ritiene che l'utilizzo del sostantivo "esecuzione" da parte delle lettere b) e c) dell'art. 23-bis L. Tar implichi l'estensione della giurisdizione amministrativa esclusiva anche alle controversie sull'esecuzione del contratto. In senso contrario si esprime la maggior parte della dottrina (tra cui cfr. N. PAOLANTONIO, *Tutela differenziata e processo amministrativo*, op. cit., 976; R. DE NICTOLIS, *Il riparto di giurisdizione*, in *Trattato di giustizia amministrativa*, op. cit., 953), secondo cui entrambe le lettere citate "fanno riferimento a «provvedimenti relativi a procedure», delimitando così rigorosamente l'ambito di applicazione del rito differenziato ai soli processi d'impugnazione di atti amministrativi del *procedimento di scelta del contraente privato*". In secondo luogo, poiché si tratta di una norma sul rito e non sulla giurisdizione, il rito speciale da essa descritto trova applicazione se ed in quanto vi sia la giurisdizione del giudice amministrativo, a prescindere dal fatto che si tratti della fase di affidamento ovvero di esecuzione dell'appalto. Tant'è vero che vi possono essere limitati casi in cui il g.a. abbia giurisdizione anche nella fase di esecuzione del contratto, come avviene per alcuni contenziosi in tema di revisione dei prezzi. Dunque, in tali casi si applica il rito ex art. 23-bis L. Tar. Illuminanti sul punto sono le parole di R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, op. cit., secondo cui la norma in esame va letta "nel senso che il rito speciale si applica alle controversie sull'esecuzione degli appalti, se ed in quanto su tali controversie vi sia in ipotesi giurisdizione del giudice amministrativo: il che accade, ove nella fase esecutiva si collochino provvedimenti autoritativi dell'amministrazione". Aggiunge l'Autrice affermando che tale dubbio interpretativo è stato definitivamente risolto dagli artt. 119 e 120 c.p.a. che menzionano le procedure di affidamento senza fare più riferimento alla fase di esecuzione.

5.2. (Segue) Il ripristino del termine di decadenza di sessanta giorni per la proposizione del ricorso principale. Dubbi interpretativi sulla durata degli altri termini processuali.

B) Per quanto riguarda il secondo aspetto non vige più la regola del dimezzamento di tutti i termini processuali, come per l'art. 19 D.L. cit., ma vi è un'espressa eccezione per il termine di notifica del ricorso introduttivo di primo grado, la cui durata viene fissata nuovamente in sessanta giorni.

Difatti, l'art. 23-bis, comma 2, L. Tar, dispone: "I termini processuali previsti sono ridotti alla metà, salvo quelli per la proposizione del ricorso". Tale disposizione, a prima vista di semplice lettura, ha destato non pochi dubbi nella dottrina e nella giurisprudenza amministrativa riguardo alla corretta interpretazione della clausola di salvezza "salvo quelli per la proposizione del ricorso".

In sintesi, ci si chiedeva se la suddetta locuzione limitasse l'applicazione dell'eccezione alla regola della dimezzazione dei termini processuali al termine di notifica del ricorso principale, ovvero se ne estendesse l'ambito applicativo anche a quello stabilito per il deposito, nonché per la notifica del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti³⁰⁷. Dunque, se è certo che, alla luce della nuova normativa, torna applicabile il termine ordinario di sessanta giorni per la notifica del ricorso di primo grado, dubbi interpretativi sorgono negli altri casi appena menzionati.

Riguardo al primo quesito, ossia se l'eccezione alla regola del dimezzamento sia applicabile solo per il termine di notifica dell'atto introduttivo del giudizio o anche per quello di deposito dell'atto medesimo, vi erano stati rilevanti contrasti interpretativi sintetizzabili in due orientamenti: l'uno favorevole all'applicazione della deroga al dimezzamento dei termini anche al termine per il deposito del ricorso³⁰⁸; l'altro contrario³⁰⁹.

In disparte le singole motivazioni addotte dai due orientamenti citati per argomentare le proprie tesi, qui si vuole evidenziare che entrambi gli indirizzi, attraverso argomentazioni differenti,

³⁰⁷ Cfr. M. LIPARI, *Il nuovo rito in materia di opere pubbliche*, op. cit., 12 ss.; ID., *Il processo speciale in materia di opere pubbliche: l'Adunanza Plenaria ed il termine per la proposizione del ricorso*, in *Urb. e app.*, 2001, 530 ss. Per approfondire il rapporto sussistente nel processo amministrativo tra motivi aggiunti e teoria dell'azione cfr. P.M. VIPIANA, *Motivi aggiunti e doppio grado nel processo amministrativo in una recente decisione dell'Adunanza plenaria*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 91 ss.

³⁰⁸ Cfr. M. LIPARI, *Il nuovo rito in materia di opere pubbliche*, op. cit., 12 ss.; ID., *Il processo speciale in materia di opere pubbliche: l'Adunanza Plenaria ed il termine per la proposizione del ricorso*, op. cit., 290 ss. In giurisprudenza cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. II, 9 ottobre 2001, n. 6697; Cons. Stato, sez. IV, 15 novembre 2004, n. 7455. Si tratta, tuttavia, di un orientamento isolato.

³⁰⁹ L'orientamento giurisprudenziale consolidato era, invece, favorevole ad assoggettare il termine per il deposito del ricorso alla regola della dimezzazione. Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 28 agosto 2001, n. 4562; Cons. Stato, sez. IV, 23 settembre 2004, n. 6215; Cons. Giust. Amm., Reg. Sic., Sez. giurisdiz., 21 novembre 2007, n. 1050; Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2007, n. 1328. La questione se anche il termine per il deposito fosse sottratto dalla regola del dimezzamento dei termini processuali è stata deferita anche al supremo consesso della giustizia amministrativa che nel 2002 ha concluso per l'applicazione del termine dimezzato per il deposito del ricorso principale, sposando l'orientamento giurisprudenziale maggioritario. Cfr. sul punto Cons. Stato, ad. pl., 31 maggio 2002, n. 5. Come chiarisce opportunamente M. LIPARI, *L'Adunanza Plenaria e il rito speciale previsto dall'art. 23-bis*, in *Urb. e app.*, 2002, 901 ss., in realtà nella suddetta sentenza il Consiglio di Stato aveva concentrato la sua attenzione sul termine per il deposito del ricorso in appello, per cui non scioglieva definitivamente il quesito proposto. Tuttavia, le sue conclusioni sono state estese anche al giudizio di primo grado, tant'è vero che il suddetto indirizzo interpretativo è stato poi recepito dal legislatore del 2010 nell'art. 119, co. 2, c.p.a.

mettono in risalto la *ratio* che ha spinto il legislatore a derogare alla conclusione raggiunta dalla Consulta nella sentenza n. 427 del 1999 e a ripristinare il termine ordinario per la notifica del ricorso introduttivo del giudizio: una maggiore attenzione per le ragioni del ricorrente.

Difatti, i sostenitori del primo orientamento ritengono che la deroga al dimezzamento dei termini debba trovare applicazione sia per il termine di notifica del ricorso che per quello di deposito, proprio in ragione dello scopo perseguito dal legislatore con il comma 2 dell'art. 23-*bis* L. Tar, ossia creare una disciplina più "garantista" delle ragioni del ricorrente³¹⁰. Dunque, se si vuole escludere che la regola del dimezzamento dei termini trovi applicazione per l'intera fase di proposizione del ricorso, in quanto lo scopo del legislatore consiste nell'assicurare maggiore protezione agli interessi del ricorrente, ne consegue che la riduzione dei termini non debba trovare applicazione neanche per il termine di deposito del ricorso³¹¹.

Tuttavia, è dall'esposizione delle motivazioni che sorreggono il secondo degli orientamenti citati che emerge con maggiore forza la ragione che ha spinto il legislatore a cambiare rotta rispetto a quanto stabilito dalla Consulta, vale a dire assicurare al ricorrente un pieno esercizio del diritto di azione e di difesa.

A parere di quest'ultimo orientamento, poi recepito dal legislatore nell'art. 119, co. 2, c.p.a.³¹², l'eccezione alla regola del dimezzamento dei termini va interpretata in senso restrittivo e, dunque, deve applicarsi solo al termine di notifica del ricorso e non anche a quello previsto per il deposito³¹³. Difatti, il termine di sessanta giorni per la notifica del ricorso risulta sicuramente più adeguato rispetto a quello dimezzato ritenuto legittimo dalla Consulta, perché consente al ricorrente di disporre di un lasso temporale maggiore per individuare il proprio legale di fiducia e, in una parola, per organizzare la propria strategia difensiva.

Tuttavia, secondo la tesi *de qua*, gli aspetti citati appartengono alla sola fase dell'iniziativa processuale e non anche a quella successiva del deposito. Pertanto, consistendo tale ultima fase in

³¹⁰ Cfr. M. LIPARI, *Il nuovo rito in materia di opere pubbliche*, op. cit., 13.

³¹¹ Infatti il deposito e la notifica sono entrambi parte integrante della fase di proposizione del ricorso, pertanto il dimezzamento dei termini non si applica né per la notifica e né per il deposito. I sostenitori di tale orientamento, in realtà minoritario soprattutto in giurisprudenza, aggiungono alle loro argomentazioni un dato letterale: l'art. 23-*bis*, co. 2, L. Tar, utilizza il plurale "salvo *quelli* per la proposizione del ricorso". Dunque, l'utilizzo del termine al plurale spinge a sostenere che il legislatore si riferisca ad entrambe le attività processuali relative alla proposizione del ricorso: tanto alla notifica, quanto al deposito.

³¹² L'art. 119, co. 2, c.p.a. ha espressamente sottratto alla regola del dimezzamento dei termini solo il termine di notifica del ricorso.

³¹³ Tale argomento è ben espresso dalla plenaria nella sentenza n. 5 del 2002 ove si specifica che in assenza di una disposizione che *expressis verbis* escluda l'applicazione del dimezzamento dei termini anche per il deposito, l'art. 23-*bis*, co. 2, L. Tar va interpretato in senso restrittivo e, dunque, l'eccezione alla regola del dimezzamento dovrà applicarsi solo per il primo momento dell'attività processuale, *id est* la notifica del ricorso.

un mero adempimento formale che non necessita di uno spazio temporale maggiore può trovare nuovamente applicazione la regola del dimezzamento dei termini³¹⁴.

Anche per quanto concerne il secondo quesito proposto, che dopo varie oscillazioni dottrinali e giurisprudenziali viene risolto nel senso di estendere l'eccezione alla regola del dimezzamento dei termini anche al termine di notifica del ricorso incidentale e a quello per motivi aggiunti³¹⁵, nei due orientamenti contrapposti³¹⁶ si mette in risalto lo scopo perseguito dal legislatore con l'art. 23-bis, co. 2, L. Tar. Come innanzi chiarito, la conservazione del termine ordinario di sessanta giorni per la notifica del ricorso principale è funzionale ad assicurare al ricorrente un congruo spazio temporale per esercitare appieno il diritto di difesa³¹⁷.

I fautori dell'orientamento poi prevalso ritengono che la suddetta esigenza debba ritenersi valida anche qualora il ricorrente proponga ricorso incidentale, nonché quello per motivi aggiunti. Tale indirizzo è stato successivamente codificato nell'art. 119, co. 2, c.p.a., secondo cui "tutti i termini processuali ordinari sono dimezzati salvo, nei giudizi di primo grado, quelli per la notificazione del

³¹⁴ È questo l'altro argomento utilizzato dall'orientamento in questione per suffragare la propria tesi. Cfr. sul punto per la dottrina R. GIOVAGNOLI – M. FRATINI, *Le sanzioni amministrative. Raccolta completa commentata con dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2009, 2969 ss.; M. LIPARI, *Il processo speciale in materia di opere pubbliche: l'Adunanza Plenaria ed il termine per la proposizione del ricorso*, op. cit., 901 ss. Per i riferimenti giurisprudenziali cfr. *sub nota* 87.

³¹⁵ Così come oggi previsto dall'art. 119, co. 2, c.p.a. Tale ultimo orientamento è stato sposato da Cons. Stato, ad. pl., 15 aprile 2010, n. 2155. Gli argomenti utilizzati a sostegno della tesi favorevole all'applicazione del termine ordinario, non dimezzato, anche per la proposizione del ricorso per motivi aggiunti sono così sintetizzabili: 1- l'esigenza di assicurare al ricorrente un pieno esercizio del diritto di difesa se vale per la notifica del ricorso introduttivo, deve considerarsi valida anche per la notifica del ricorso per motivi aggiunti; 2- il secondo argomento si basa sul dato testuale, ossia l'utilizzo della parola "quelli" al plurale significa che l'eccezione al dimezzamento dei termini si applica non solo al termine di notifica del ricorso introduttivo, ma anche agli altri atti processuali. La dottrina aderente a tale orientamento aggiunge che per evitare di creare un'ingiustificata disparità di trattamento bisogna estendere la regola dell'eccezione del dimezzamento dei termini non solo al termine di notifica del ricorso per motivi aggiunti, ma anche a quello per la proposizione del ricorso incidentale. Cfr. più ampiamente sul punto M. LIPARI, *Il nuovo rito in materia di opere pubbliche*, op. cit., 13.

³¹⁶ In realtà per quanto riguarda l'applicabilità o meno dell'eccezione alla regola del dimezzamento dei termini anche per il ricorso per motivi aggiunti si registravano tre orientamenti: un primo indirizzo interpretativo, principiando dalla *ratio* acceleratoria del rito speciale abbreviato, era favorevole al dimezzamento del termine di notifica del ricorso per motivi aggiunti (cfr. sul punto Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2006, n. 1199; Id., sez. V, 6 luglio 2002, n. 3717); una tesi intermedia che riteneva operante il dimezzamento del termine solo per i motivi aggiunti contenenti nuove censure avverso i medesimi atti, mentre per i motivi aggiunti avverso nuovi atti si applicava il termine ordinario; infine, l'orientamento condiviso dall'adunanza plenaria nella sentenza citata alla nota precedente favorevole all'estensione dell'eccezione della regola del dimezzamento dei termini anche per la notifica del ricorso per motivi aggiunti. Per maggiori dettagli cfr. R. GIOVAGNOLI – M. FRATINI, *Le sanzioni amministrative. Raccolta completa commentata con dottrina e giurisprudenza*, op. cit., 2969 ss.; F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, op. cit., 740 ss., in particolare la nota 36.

³¹⁷ Difatti, anche l'orientamento favorevole all'applicazione della regola del dimezzamento dei termini all'istituto del ricorso per motivi aggiunti spiega la sua posizione facendo leva sull'esigenza di tutela del diritto di difesa del ricorrente, sussistente solo nel caso della proposizione del ricorso principale. Dunque, a prescindere dalla correttezza delle argomentazioni e dalle conclusioni a cui giungono gli orientamenti esposti *sub nota* precedente, tutti concordano sul fatto che il legislatore con l'art. 23-bis, co. 2, L. Tar abbia voluto escludere l'applicazione della regola del dimezzamento dei termini per il termine di notifica del ricorso introduttivo per consentire al ricorrente una maggiore tutela del diritto di difesa.

ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti”, che restano fissati in sessanta giorni³¹⁸.

5.3. (Segue) I presupposti per l’instaurazione del giudizio abbreviato ex art. 23-bis, co. 3, c.p.a. La quasi integrale trasposizione della norma nell’art. 119, co. 3, c.p.a.

C) Riguardo all’ultimo profilo considerato, non si prevede più un giudizio immediato all’esito dell’udienza cautelare, così come stabiliva l’art. 19 D.L. cit., ma tale eventualità viene estesa a tutti i giudizi disciplinati all’art. 26, co. 4, L. Tar in presenza di situazioni “manifeste”³¹⁹; mentre l’art. 23-bis L. Tar prevede un rito abbreviato in cui non si decide più il merito all’esito dell’udienza cautelare, ma, sussistendone i presupposti, il g.a. fissa la discussione del merito ad una udienza successiva e autonoma rispetto a quella cautelare, da tenersi entro un breve termine.

Dunque, l’art. 23-bis L. Tar, anche per quanto concerne la tutela cautelare sembra tenere in considerazione i dubbi di legittimità costituzionale che avevano riguardato l’art. 19, co. 2, D.L. n.

³¹⁸ La norma continua affermando che fanno eccezione alla regola del dimezzamento anche i termini previsti dall’art. 62, co. 1, c.p.a., nonché “quelli espressamente disciplinati nel presente articolo”. L’art. 62, co. 1, c.p.a. si riferisce all’appello cautelare che si propone nel termine di trenta giorni dalla notifica dell’ordinanza o sessanta dalla sua pubblicazione. Dunque, i termini di notifica dell’appello cautelare non subiscono dimezzamento e si applicano quelli stabiliti dall’art. 62, co. 1, c.p.a., a cui l’art. 119, co. 2, c.p.a. fa espresso rinvio. Cfr. sul punto R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, op. cit.

³¹⁹ L’art. 23-bis, co. 3, L. Tar, si apre con una clausola di salvezza “salva l’applicazione dell’articolo 26, quarto comma”. Ciò vuol dire che il g.a., qualora ravvisi i presupposti di applicazione del giudizio immediato ex art. 26, co. 4, L. Tar, può decidere di procedere con il rito immediato e, dunque, di definire la controversia con “sentenza succintamente motivata”. Nel caso in cui il g.a. accerti l’insussistenza dei presupposti legittimanti l’adozione di una sentenza succintamente motivata può procedere con il giudizio abbreviato ex art. 23-bis, co. 3, L. Tar. Il giudizio immediato prima descritto all’art. 19 D.L. cit. viene trasfuso, con modificazioni, nell’art. 26, co. 4, L. Tar, così come modificato dall’art. 9, co. 1, L. n. 205 del 2000. La L. n. 205 del 2000 ha il pregio di aver esteso l’istituto del rito immediato a tutte le tipologie di ricorsi, assumendo, così, una portata generalizzata, a differenza del rito immediato previsto all’art. 19 D.L. cit., il cui ambito operativo era limitato alle controversie relative agli appalti di lavori. L’art. 26, co. 4, L. Tar va letto in combinato disposto con l’art. 21, co. 9 e 10, L. Tar: dall’art. 21, co. 9, L. Tar, si deduce il carattere meramente facoltativo del giudizio immediato, nonché la portata generale dell’istituto che consente al g.a. di decidere immediatamente la causa nel merito in sede di discussione dell’istanza cautelare. La decisione di procedere con il rito immediato rappresenta una scelta discrezionale che il giudice può compiere solo se ricorrono i presupposti sostanziali stabiliti dall’art. 26, co. 4, L. Tar, vale a dire i casi di manifesta fondatezza, infondatezza, irricevibilità, inammissibilità ed improcedibilità del ricorso; nonché i presupposti processuali della completezza del contraddittorio ex art. 26, co. 5, L. Tar, e dell’istruttoria ex art. 21, co. 10, L. Tar. Osserva M. LIPARI, *Il nuovo rito in materia di opere pubbliche*, op. cit., 18 ss., che se da un lato va riconosciuto alla L. n. 205 del 2000 il pregio di aver esteso il modello del giudizio immediato a qualsivoglia tipologia di controversia, d’altro canto lo ha reso “meno praticabile, perché subordinato al carattere manifesto del ricorso”. Difatti, secondo l’Autore, nella pratica non è assolutamente facile per il giudice distinguere, ad esempio, la “manifesta fondatezza” del ricorso legittimante l’attivazione del giudizio immediato, dall’evidente “illegittimità dell’atto impugnato” quale presupposto del rito abbreviato ex art. 23-bis L. Tar, trattandosi di concetti spesso sovrapponibili tra loro. Dunque, la creazione “di ben tre gradazioni diverse del *fumus boni iuris* (per la concessione della misura cautelare nel giudizio ordinario, per il giudizio abbreviato e per quello immediato) rappresenterebbe una complicazione davvero indesiderabile, che può dar luogo ad incertezze e difformità applicative”. Cfr. più ampiamente sul punto N. PAOLANTONIO, *Tutela differenziata e processo amministrativo*, op. cit., 993 ss. Inoltre, per ulteriori dettagli sui riti appena menzionati cfr. A. BERTOLDINI, *I riti immediati ed abbreviati previsti dalla legge 21 luglio 2000, n. 205: la mediazione giurisprudenziale tra certezza ed effettività di tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1288 ss.

67 del 1997, il quale, a parere della maggior parte della dottrina, operava quasi una obliterazione della fase cautelare e non garantiva al ricorrente il pieno esercizio del diritto di difesa³²⁰.

Pertanto, il legislatore ordinario all'art. 23-bis, co. 3, L. Tar, detta una disciplina molto più dettagliata della precedente e maggiormente ossequiosa del diritto di difesa delle parti, subordinando l'attivazione del processo abbreviato all'accertamento da parte del giudice amministrativo dei requisiti previsti al comma 3.

Dunque, a differenza dell'art. 19, co. 2, D.L. cit., che al fine della immediata decisione della causa nel merito già all'esito dell'udienza cautelare richiedeva, solamente, che il giudice ritenesse, sulla base di una semplice valutazione di opportunità, che la controversia potesse essere "definita"³²¹, l'art. 23-bis, co. 3, L. Tar, subordina l'introduzione del giudizio abbreviato all'accertamento da parte del g.a. della completezza del contraddittorio e, soprattutto, di due requisiti inediti rispetto al previgente panorama normativo: a) l'evidente "illegittimità dell'atto impugnato" (*fumus boni iuris*); b) "la sussistenza di un pregiudizio grave ed irreparabile" (*periculum in mora*).

In altri termini, al fine dell'instaurazione del giudizio abbreviato ex art. 23-bis L. Tar, è necessario che il giudice accerti la sussistenza dei due presupposti sostanziali del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*. Mentre il *periculum* assume le stesse caratteristiche che giustificano l'adozione di una pronuncia cautelare nel processo ordinario ex art. 21 L. Tar, ai fini dell'accertamento del *fumus* non è sufficiente "la ragionevole previsione sull'esito del ricorso", ma è richiesto un *quid pluris* rispetto alla formula contenuta dall'art. 21 L. Tar, ossia è necessario che già a seguito di "un primo esame" "il ricorso evidenzi l'illegittimità dell'atto impugnato"³²².

Più nello specifico, se il g.a. ha intenzione di procedere con il giudizio abbreviato ai sensi dell'art. 23-bis, co. 3, L. Tar, deve valutare l'esistenza dei requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. Qualora ritenga entrambi i presupposti esistenti adotta un'ordinanza nella quale deve dar conto della sussistenza dei requisiti *de quibus* e con la quale fissa la data dell'udienza della discussione nel merito. Dunque, l'accertamento della sussistenza dei suddetti requisiti non comporta l'adozione di una pronuncia cautelare, il giudice non decide sull'istanza cautelare, ma fissa, entro trenta giorni, la data dell'udienza di discussione del merito³²³.

³²⁰ Dubbi che la Consulta nella sentenza n. 427 del 1999 "aveva ritenuto superati in ragione del potere del giudice di trovare un punto di equilibrio tra esigenze di celerità del processo e garanzia del diritto di difesa delle parti". Cfr. in argomento N. PAOLANTONIO, *Tutela differenziata e processo amministrativo*, op. cit., 989 ss.

³²¹ In tal senso si esprime M. LIPARI, *Il nuovo rito in materia di opere pubbliche*, op. cit., 14.

³²² Rileva, infatti, M. LIPARI, *Il nuovo rito in materia di opere pubbliche*, op. cit., 14, che se il presupposto del *periculum in mora* "non deve presentare connotazioni diverse e più intense di quelle che, in linea generale, giustificano l'adozione della pronuncia cautelare", (difatti la norma relativamente al *periculum* riproduce la formula generale contenuta nell'art. 21 L. Tar), "il *fumus*, invece, sembra presentare una connotazione particolare".

³²³ Il rito ex art. 23-bis L. Tar, si differenzia dal rito ordinario, in quanto se nel processo ordinario il g.a. deve decidere sull'istanza cautelare presentata dal ricorrente, a meno che non sussistano i presupposti per emettere la decisione di merito succintamente motivata; nel rito differenziato, di norma, il giudice non deciderà sull'istanza cautelare, ma, "in caso di esito positivo di accertamento dei presupposti di *fumus* e di *periculum*, il collegio fisserà direttamente l'udienza

In altri termini, il g.a. nella stessa ordinanza dà conto dell'esistenza dei due presupposti sostanziali considerati e, contestualmente, fissa la data dell'udienza di merito³²⁴.

Si tratta di un'ordinanza particolare che non ha normalmente natura decisoria, in quanto, a seguito dell'accertamento dei presupposti tipici di applicazione delle misure cautelari nel processo ordinario, non dispone l'applicazione delle suddette misure, ma si limita a fissare la data dell'udienza di merito. Per queste ragioni, può essere più opportunamente definita come una pronuncia *ordinatoria litis*, che, qualora ricorrano i presupposti, si limita a concentrare la decisione cautelare in quella di merito senza produrre alcuna modificazione giuridica della situazione in atto³²⁵.

In senso analogo si esprime, oggi, l'art. 119, co. 3, c.p.a., ove si afferma che il g.a. chiamato a pronunciarsi sull'istanza cautelare presentata dal ricorrente, "se ritiene, ad un primo sommario³²⁶ esame, la sussistenza di profili di fondatezza del ricorso³²⁷ e di un pregiudizio grave ed irreparabile, fissa con ordinanza la data di discussione del merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza, disponendo altresì il deposito dei documenti necessari e l'acquisizione delle eventuali altre prove occorrenti"³²⁸.

Dunque, nel rito abbreviato *ex art. 119, co. 3, c.p.a.*, analogamente a quanto prescriveva l'art. 23-bis, co. 3, L. Tar, se sussistono i presupposti del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*

di discussione". Cfr. più ampiamente sul punto N. PAOLANTONIO, *Tutela differenziata e processo amministrativo*, op. cit., 1002 ss.

³²⁴ Rileva correttamente N. PAOLANTONIO, *Tutela differenziata e processo amministrativo*, op. cit., 1003, che a differenza dell'art. 19, co. 2, D.L. cit., secondo cui la sentenza adottata al termine dell'udienza di merito, ossia la decisione adottata in sostituzione dell'ordinanza cautelare, contiene una "motivazione in forma abbreviata"; l'art. 23-bis, co. 3, L. Tar, prevede che all'esito dell'udienza di merito fissata "a breve" la sentenza pronunciata sia estesa secondo le tecniche redazionali ordinarie.

³²⁵ Chiarisce M. LIPARI, *Il nuovo rito in materia di opere pubbliche*, op. cit., 16 ss., che l'ordinanza adottata *ex art. 23-bis*, co. 3, L. Tar, ha per contenuto la fissazione della data dell'udienza di discussione. Ne dovrebbe, pertanto, derivare "la natura meramente *ordinatoria* e *processuale* della statuizione, con tutte le conseguenze in ordine al contenuto della statuizione ed al suo regime di stabilità e di impugnazione". In senso analogo si esprime N. PAOLANTONIO, *Tutela differenziata e processo amministrativo*, op. cit., 1001 ss., il quale dubita fortemente della natura decisoria dell'ordinanza adottata *ex art. 23-bis*, co. 3, L. Tar, "almeno in tutti i casi in cui il giudice non sia chiamato, ai sensi del comma 4, a disporre anche eventuali misure cautelari in caso di «estrema gravità ed urgenza». L'ordinanza di fissazione del merito «a breve» è effettivamente una pronuncia *ordinatoria litis*, poiché si limita a concentrare, secondo i *desiderata* della legge, la decisione cautelare in quella di merito e, quindi, all'atto della sua adozione, non produce alcuna modificazione giuridica della situazione in atto". Inoltre, aggiunge l'Autore che trattandosi di una pronuncia priva di contenuto decisorio non è appellabile dinanzi al Consiglio di Stato.

³²⁶ Il termine "sommario" fa ingresso per la prima volta nel c.p.a., mentre nell'art. 23-bis L. Tar e comunque nelle norme anteriori all'art. 119 c.p.a. era assente. Cfr. sul punto F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, op. cit., 742.

³²⁷ Ai fini dell'integrazione del requisito del *fumus boni iuris* l'art. 119 c.p.a. non richiede più "che il ricorso evidenzi l'illegittimità dell'atto impugnato" connotandosi, così, in termini peculiari la gradazione del *fumus*, ma che sussistano profili di "fondatezza del ricorso".

³²⁸ "Disponendo altresì il deposito dei documenti necessari e l'acquisizione delle eventuali altre prove occorrenti" rappresenta una locuzione che è stata aggiunta dall'art. 119 c.p.a., assente nella formulazione dell'art. 23-bis L. Tar. Evidentemente, la *ratio* di tale aggiunta consiste nella necessità di far precedere l'udienza di merito da una istruttoria completa. Cfr. ancora sul punto F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, op. cit., 743.

l'ordinanza del g.a., di regola, non contiene l'applicazione di una misura cautelare, ma fissa direttamente la data dell'udienza di discussione del merito³²⁹. In altri termini, l'urgenza che caratterizza il rito *de quo* riguardo alla tutela cautelare si sostanzia nella fissazione "a breve" dell'udienza di merito³³⁰ in modo che i tempi molto contingentati in cui si definirà il merito della controversia riducono drasticamente il rischio che nelle more del giudizio di merito il ricorrente possa subire danni irreversibili³³¹.

Pertanto, la tempestività con cui si fissa la data dell'udienza di merito "è già, di per sé sola, uno strumento di cautela" che "fa perdere la "ragion d'essere" della tutela cautelare³³².

³²⁹ Si precisa che il comma 3 dell'art. 119 c.p.a. si apre con la seguente clausola di salvezza: "Salva l'applicazione dell'art. 60". L'art. 60 c.p.a. consente al giudice cautelare di pronunciare la sentenza in forma semplificata. Riferisce F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, op. cit., 744 ss., che "tale previsione ha sollevato qualche perplessità tra i commentatori, atteso che, come si è detto, la tutela cautelare generale ed ordinaria nei riti abbreviati è costituita dall'immediata fissazione dell'udienza di merito, che garantisce una cognizione rapida ma piena della domanda proposta dal ricorrente".

³³⁰ Si precisa che anche nel rito ordinario l'art. 55, co. 10 e 11, c.p.a. prevede che se dovesse essere accolta l'istanza cautelare o comunque sussista il *fumus boni iuris* viene (anche) fissata la data dell'udienza di merito, ma non si prevede, a differenza del rito abbreviato, un termine massimo entro cui l'udienza di merito deve celebrarsi. Cfr. sul punto R. DE NICTOLIS, *Il rito abbreviato comune a determinate materie nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010. Inoltre, come osservano M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, op. cit.; M. CORASANITI, *Il sistema cautelare nel giudizio amministrativo quale strumento rapido di tutela in attuazione del principio di effettività*, in www.contabilita-pubblica.it, 2016, 13 ss., mentre per il rito ordinario la fissazione "a breve" dell'udienza di merito rappresenta una facoltà, ossia il collegio, in corso di causa, qualora ritenga che le esigenze del ricorrente siano tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio di merito, fissa a breve la data dell'udienza di merito, in quanto la fissazione a breve dell'udienza di merito è ritenuta "misura idonea a tutelare il ricorrente". In tali casi, la fissazione dell'udienza a breve è alternativa alla concessione della misura cautelare. In altri termini, se sussistono i presupposti per l'applicazione della misura cautelare, ma il giudice ritenga che le ragioni del ricorrente possano essere tutelate con la fissazione a breve dell'udienza di merito, non pronuncerà un'ordinanza cautelare, ma fisserà la data dell'udienza a breve. Tuttavia, se nel rito ordinario quanto appena descritto rappresenta una possibilità concessa al giudice al ricorrere dei presupposti previsti dall'art. 55, co. 10, c.p.a., nell'art. 119, co. 3, c.p.a. "la fissazione anticipata dell'udienza di merito costituisce la regola". Per una completa disamina della disciplina delle misure cautelari cfr. E. FOLLIERI, *La fase cautelare*, in *Giustizia amministrativa*, op. cit., 354 ss.

³³¹ Cfr. sul punto R. DE NICTOLIS, *Il rito abbreviato comune a determinate materie nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, la quale afferma: "è stato efficacemente osservato che il riconoscimento dell'urgenza si realizza nel rito abbreviato attraverso la decisione del merito: il principio dell'effettività della tutela viene realizzato attraverso lo spostamento del baricentro della tutela stessa nella sede del giudizio di merito, ed è questo uno dei punti più qualificanti della riforma". In senso analogo F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, in *Il nuovo processo amministrativo*, op. cit., 744 ss., secondo cui: "nelle controversie sottoposte al rito abbreviato l'accoglimento dell'istanza cautelare coincide, di regola, con la fissazione 'a breve' dell'udienza di merito, in modo da favorire la corrispondenza tra riconoscimento dell'urgenza e spedita decisione della controversia". Continua l'Autore sostenendo che il g.a. una volta accertata l'esistenza dei presupposti tipici di applicazione della misura cautelare "adotta di norma una pronuncia *ordinatoria litis* che si limita a concentrare la decisione cautelare in quella di merito e che ha l'effetto di accelerare il giudizio e di assorbire, quantomeno in astratto, l'interesse del ricorrente alla misura cautelare".

³³² Cfr. ancora in argomento R. DE NICTOLIS, *Il rito abbreviato comune a determinate materie nel nuovo codice del processo amministrativo*, op. cit.

5.3.1. (Segue) Caratteri peculiari della tutela cautelare ex artt. 23-bis, co. 5, L. Tar e 119, co. 4, c.p.a.: i casi “di estrema gravità ed urgenza”.

Ebbene, l'ordinanza adottata ai sensi dell'art. 23-bis, co. 3, L. Tar e, attualmente, dell'art. 119, co. 3, c.p.a. è, di regola, una pronuncia *ordinatoria litis*, a meno che il g.a., ai sensi dell'art. 23-bis, co. 5, L. Tar (e oggi dell'art. 119, co. 4, c.p.a.), non disponga le opportune misure cautelari “in caso di estrema gravità ed urgenza”. Solo in tal caso l'ordinanza avrà natura decisoria. In altri termini, il g.a. con la stessa ordinanza con cui ha valutato positivamente la sussistenza dei requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* ed ha, perciò, fissato la data dell'udienza di merito, “in caso di estrema gravità ed urgenza” dispone anche l'applicazione di una misura cautelare.

In altri termini, il legislatore non ha completamente escluso la possibilità per il g.a. di applicare una misura cautelare, ma ne ha subordinato la concessione ai soli casi di “estrema gravità ed urgenza” ex art. 23-bis, co. 5, L. Tar, e oggi art. 119, co. 4, c.p.a. Dunque, alla celerità con cui si fissa la data dell'udienza di merito fa da contraltare la maggiore severità dei parametri in base ai quali il g.a. può concedere l'applicazione di una misura cautelare. In tal caso, la tutela cautelare diventa eventuale³³³, difatti il g.a. con la stessa ordinanza con cui fissa la data dell'udienza di merito, se sussistono le condizioni di estrema gravità ed urgenza, vale a dire se si tratta di casi in cui anche il decorso del termine di cui al comma 3 dell'art. 119 c.p.a. può causare danni irreversibili al ricorrente³³⁴, dispone le opportune misure cautelari³³⁵.

È evidente che la verifica del *periculum* da parte del giudice per concedere l'applicazione delle misure cautelari sia più stringente e selettiva, in quanto non basta che sussistano i tipici presupposti in base ai quali si accorda la tutela cautelare (*fumus e periculum*)³³⁶, ma occorre qualcosa in più, ossia una situazione di “estrema gravità ed urgenza”.

In definitiva, ai fini dell'applicazione della misura cautelare è necessario che i presupposti del *periculum* e del *fumus* siano qualificati ai sensi dell'art. 23-bis, co. 5, L. Tar³³⁷, ed oggi dell'art.

³³³ In quanto solo eventualmente l'ordinanza con cui il giudice fissa la data dell'udienza di merito contiene anche l'applicazione di una misura cautelare, che sarà concessa solo se ricorrono i presupposti di cui all'art. 119, co. 4, c.p.a. Sul punto cfr. F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, op. cit., 744 ss., il quale testualmente afferma: “il legislatore, tuttavia, non ha eliminato *in toto* la possibilità per il ricorrente di avvalersi di una tutela cautelare, ma ha limitato tale possibilità ai soli casi di ‘estrema’ gravità ed urgenza, configurando la misura cautelare come una mera eventualità che si innesta nel giudizio abbreviato, subordinata ad una verifica del *periculum* più stringente e selettiva”.

³³⁴ Osserva N. PAOLANTONIO, *Tutela differenziata e processo amministrativo*, op. cit., 1003 ss., che con l'espressione “in caso di estrema gravità ed urgenza” si fa riferimento a quei casi in cui anche “il decorso dello *spatium* di cui al comma 3, sia idoneo a privare irreversibilmente il ricorrente del vantaggio sperato dall'emananda sentenza”.

³³⁵ Cfr. N. PAOLANTONIO, *Il rito abbreviato*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2014, 495 ss.

³³⁶ Infatti se sussistono solo i profili del *periculum* e del *fumus* il giudice si limiterà con ordinanza, ai sensi dell'art. 119, co. 3, c.p.a., a fissare la data dell'udienza di merito, ma non applicherà anche la misura cautelare ove non riscontri le condizioni di “estrema gravità ed urgenza” ai sensi del successivo comma 4 dell'art. 119 c.p.a.

³³⁷ Invero l'art. 23-bis, co. 5, L. Tar, richiedeva che il g.a. con la stessa ordinanza con cui fissava la data dell'udienza di merito potesse disporre le opportune misure cautelari, “enunciando i profili che, ad un sommario esame, inducono (inducessano) ad una ragionevole probabilità sul buon esito del ricorso”. Quest'ultima locuzione è stata espunta dalla formulazione dell'art. 119, co. 4, c.p.a. A parere di F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito*

119, co. 4, c.p.a.³³⁸, e questa maggiore severità nella verifica dei suddetti profili è giustificata dalla celerità con cui viene fissata la data dell'udienza di merito³³⁹.

6. L'introduzione di un microsistema processuale accelerato con regole autonome. Il definitivo allontanamento dal modello processuale ordinario e dal rito abbreviato ex art. 23-bis L. Tar.

Nei paragrafi precedenti sembra essere emersa la tendenza del legislatore ordinario a dettare regole differenziate per il rito in materia di appalti pubblici, imposte dalla particolare rilevanza degli interessi in gioco e dall'esigenza di celerità che contraddistingue le controversie in esame.

L'art. 23-bis L. Tar, pur ripristinando il termine ordinario di notifica del ricorso introduttivo di primo grado e disciplinando più dettagliatamente la fase cautelare³⁴⁰, continua sulla linea tracciata dall'art. 19 D.L. n. 67 del 1997, confermando quella che può considerarsi la vera novità del rito abbreviato ex art. 23-bis L. Tar, ossia la concentrazione della fase cautelare con quella di merito.

Forse è proprio la necessità di accelerare la definizione delle controversie per favorire il libero esercizio dell'azione amministrativa senza intralci³⁴¹ ad aver causato quasi un'inversione di tendenza rispetto al rito ordinario, ove la tutela cautelare ha, nel corso degli anni, subito un ampliamento e, con essa, la tutela effettiva dell'interesse legittimo pretensivo nel processo amministrativo³⁴².

abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a., op. cit., 744, spec. nota 47, la ragione dell'eliminazione di tale locuzione consiste nell'intento di garantire una maggiore parità tra le parti processuali.

³³⁸ Specifica R. DE NICTOLIS, *Il rito abbreviato comune a determinate materie nel nuovo codice del processo amministrativo, op. cit.*, che se il g.a. dovesse ravvisare un *periculum in mora* semplice non accorderà la tutela cautelare, ma si limiterà a fissare la data dell'udienza di merito; al contrario, qualora il giudice verifichi che si tratta di *periculum e fumus* qualificati ai sensi dell'art. 119, co. 4, c.p.a., ossia si tratti di situazioni di "estrema gravità ed urgenza", concederà anche l'applicazione della misura cautelare.

³³⁹ R. DE NICTOLIS, *Il rito abbreviato comune a determinate materie nel nuovo codice del processo amministrativo, op. cit.*, ha cura di precisare che la maggiore severità "dei presupposti per la concessione della misura cautelare, maggiore che per le altre materie, appare giustificata e ragionevole, e va immune da possibili censure di costituzionalità per violazione del diritto di difesa e per l'obliterazione della tutela cautelare. È noto che la Corte Costituzionale ha da tempo affermato il principio dell'irrinunciabilità della tutela cautelare: ma qui la tutela cautelare non viene obliterata, ma, solo, vengono resi più severi i presupposti per la sua concessione". Come si è già rilevato nella presente trattazione, la verifica più stringente, soprattutto per quanto concerne il *periculum in mora*, ai fini dell'applicazione della misura cautelare si giustifica perché già la fissazione "a breve" dell'udienza di merito costituisce uno strumento di cautela. Difatti, data la celerità con cui si celebrerà l'udienza di merito si riduce al minimo la possibilità che il ricorrente, nelle more del giudizio di merito, possa subire danni irreversibili. Tuttavia, la tutela cautelare non scompare completamente, ma potrà essere accordata qualora si tratti di casi in cui "anche un ritardo minimo nella decisione di merito può comportare la produzione di effetti irreversibili". In altri termini, solo se si tratta di situazioni di "estrema gravità ed urgenza" ex art. 119, co. 4, c.p.a.

³⁴⁰ E, dunque, com'è stato chiarito nei paragrafi precedenti, sono queste le caratteristiche principali che lo differenziano dal rito abbreviato previsto dall'art. 19 D.L. cit.

³⁴¹ Ed è questo l'interesse pubblico prevalente a dispetto della tutela dell'interesse legittimo pretensivo del partecipante alla gara all'ottenimento, *in primis*, di una tutela d'urgenza.

³⁴² Si tratta di un discorso che sarà maggiormente approfondito allorquando si esporranno le modifiche introdotte alla tutela cautelare nel processo speciale appalti ad opera dell'art. 204 d.lgs. n. 50 del 2016. In questa sede cfr. sul punto M. LIPARI, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il "rito appalti" e le esigenze imperative di interesse generale*, in www.federalismi.it

Al contrario, nel rito in materia di appalti pubblici l'eccessiva espansione della fase cautelare viene frenata attraverso una rapida fissazione dell'udienza di merito, subordinando l'applicazione di misure cautelari a presupposti davvero stringenti, di difficile riscontro nella prassi e che conferiscono un forte potere discrezionale al giudice³⁴³, facendo a tratti vacillare la concezione del processo amministrativo come processo di parti, retto dal principio dispositivo³⁴⁴.

Solo anticipando concetti che saranno meglio affrontati nel prosieguo, in questa sede si vuole sottolineare la volontà del legislatore di creare un microsistema con regole processuali particolari che fanno quasi pensare di trovarsi di fronte ad un modello processuale differenziato³⁴⁵ che si discosta enormemente dal modello ordinario di processo amministrativo a carattere soggettivo³⁴⁶.

Dunque, se è ammissibile nel nostro ordinamento prevedere riti differenziati in cui è particolarmente avvertita l'esigenza di celerità, d'altro canto tale esigenza va sapientemente bilanciata³⁴⁷ con l'effettività della tutela giurisdizionale, nel rispetto delle garanzie processuali

³⁴³ Le prime norme acceleratorie sul rito abbreviato in materia di appalti pubblici, come spiegato, attribuivano al g.a. un ampio potere valutativo, vale a dire il potere di modulare le esigenze di celerità del giudizio con l'esercizio del diritto di difesa delle parti. Cfr. sul punto A. BERTOLDINI, *I riti immediati ed abbreviati previsti dalla legge 21 luglio 2000, n. 205: la mediazione giurisprudenziale tra certezza ed effettività di tutela*, op. cit., 1288 ss.

³⁴⁴ Come ha cura di precisare F.G. SCOCA, *Il modello processuale*, op. cit., 151 ss., il processo amministrativo è un giudizio di parti, ove sono le parti, e non il giudice, ad avere la "piena disponibilità" del processo medesimo. Difatti, sono quest'ultime ad avere il potere di impulso, di far proseguire il giudizio, di fornire le prove "ed eventualmente di farlo terminare senza che il giudizio sia reso, ossia senza che la controversia sia decisa. Il processo risponde in tal caso al modello dispositivo". Tra i principi fondamentali del modello dispositivo vi è il principio della domanda, secondo cui il giudice deve parametrare la sua decisione nei limiti della domanda proposta dal ricorrente. Pertanto, com'è stato spiegato nella presente trattazione, nei giudizi abbreviati in materia di pubblici appalti al g.a. sembra essere attribuito un potere valutativo molto penetrante, potendo decidere di definire, a determinate condizioni, alternativamente o la causa nel merito o sull'istanza cautelare, a prescindere dal fatto che il ricorrente abbia, invece, richiesto solo l'applicazione di una misura cautelare e non la decisione nel merito. Di poi, l'art. 23-bis L. Tar, anche se, rispetto all'art. 19 D.L. cit. rinvia la discussione del merito ad un'udienza diversa da quella cautelare, assume comunque dei connotati particolari, infatti qualora il ricorrente abbia richiesto l'applicazione di una misura cautelare, il g.a. può, se ricorrono i presupposti, fissare la data dell'udienza di discussione e applicare le misure cautelari solo in casi di "estrema gravità ed urgenza". Dunque, anche in questo caso il giudice ha poteri valutativi molto ampi che gli consentono di non decidere nei limiti della domanda proposta dal ricorrente, ed anzi convertire la sua domanda, in quanto l'interesse pubblico alla celere definizione della controversia comporta un'eccessiva velocizzazione della fase cautelare e di merito e risulta prevalente rispetto all'interesse del ricorrente di ottenere un provvedimento d'urgenza. È utile analizzare la questione anche dal punto di vista prospettato da F. LIGUORI, *Variazioni sul fattore tempo nel codice del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, il quale sostiene che i riti semplificati ed immediati nascono come risposta alla tendenza del legislatore a concentrare l'esigenza di garantire una tempestività nella decisione delle controversie nella fase cautelare. Era necessario, dunque, ridimensionare l'ampio sviluppo della fase medesima. Tuttavia, avverte l'Autore, sono stati introdotti riti che adottavano soluzioni alquanto discutibili "dal punto di vista della salvaguardia del principio dispositivo, ma anche della stessa tutela del diritto di difesa e della effettività".

³⁴⁵ Cfr. più ampiamente A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 423 ss.

³⁴⁶ Si tratta di una domanda che si farà più insistente nel prosieguo, quando si esporranno la disciplina dettata dagli artt. 120 ss. c.p.a. e, soprattutto, le modifiche apportate dall'art. 204 d.lgs. n. 50 del 2016 al citato art. 120 c.p.a.

³⁴⁷ Poiché "la garanzia della ragionevole durata del processo, intesa come riduzione dei tempi del giudizio, rischia di contrarre eccessivamente le garanzie del contraddittorio e della parità delle armi, nonché del diritto di difesa", spetta al giudice trovare un punto di equilibrio tra le esigenze di celerità di giudizio e il rispetto dei diritti di difesa delle parti". Cfr. in argomento M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 100 ss. Difatti, come correttamente afferma D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, op. cit., 918 ss., un processo per essere effettivo "deve necessariamente differenziarsi in ragione della diversità delle situazioni sostanziali tutelate". La differenziazione della tutela giurisdizionale è, dunque, espressione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, in quanto la tutela per essere realmente effettiva deve

dell'esercizio del diritto di difesa, del contraddittorio³⁴⁸, e via discorrendo, che del principio di effettività ne rappresentano la proiezione³⁴⁹.

La tendenza del legislatore di creare un microsistema processuale a sé stante si accentua con l'adozione del d.lgs. n. 53 del 2010, la cui intenzione consisteva nel rendere le regole dettate per il rito in materia di appalti pubblici conformi alle innovazioni apportate dalla direttiva 2007/66/CE³⁵⁰. Così, con l'art. 8 d.lgs. n. 53 del 2010 modifica l'art. 245 d.lgs. n. 163 del 2006, in cui era confluita la disciplina prima contenuta nell'art. 23-*bis* L. Tar., creando un rito speciale invero non desiderato dalla direttiva in esame e caratterizzato da peculiarità che lo allontanano definitivamente dal modello processuale descritto dall'art. 23-*bis* L. Tar.

Si crea, dunque, un nuovo microsistema processuale accelerato ove l'elemento di maggiore novità è rappresentato dalla disciplina dei termini processuali connotati da un'ulteriore accelerazione.

differenziarsi in base al bisogno fatto valere in giudizio. Ad esempio, se l'interesse prevalente è quello alla celerità del giudizio, è corretto differenziare la tutela in base a tale interesse, sempre, però, nel rispetto delle garanzie processuali, che non possono essere sacrificate. Pertanto, la differenziazione del rito è ammessa nei limiti in cui il giudice effettui un corretto bilanciamento tra le esigenze di celerità, da un lato, e di effettività, dall'altro, dal momento che le garanzie processuali, insopprimibili, non sono altro che un'articolazione del principio di effettività.

³⁴⁸ A parere di A. BERTOLDINI, *I riti immediati ed abbreviati previsti dalla legge 21 luglio 2000, n. 205: la mediazione giurisprudenziale tra certezza ed effettività di tutela*, op. cit., 1288 ss., il principio di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost., che si traduce nell'assicurare le esigenze di celerità, "non può essere ampliato al punto da pregiudicare il principio di parità delle armi e di dialettica processuale tra le parti. Tali garanzie devono operare nella loro pienezza sin dal primo grado di causa, ai sensi dello stesso art. 111 Cost. e, più in generale, in applicazione dell'art. 24 Cost., pena la trasformazione del processo amministrativo in un rito «ufficioso» eccessivamente subordinato alle impressioni soggettive del giudice, il quale, sempre in virtù delle regole cardine dianzi citate, è invece sempre tenuto a decidere «*iusta alligata et probata*»".

³⁴⁹ D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, op. cit., 913 ss., chiarisce che il diritto di difesa, il contraddittorio, l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici ecc., rappresentano le declinazioni del canone dell'effettività della tutela sul piano delle garanzie processuali.

³⁵⁰ Rileva, infatti, R. DE NICTOLIS, *I riti speciali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1161 ss., che il rito abbreviato dettato all'art. 245 d.lgs. n. 163 del 2006 non era risultato "del tutto adeguato a soddisfare le esigenze poste dalla direttiva", sotto diversi profili, tra i più importanti si ricordano: I) il difetto di coordinamento tra il termine di *standstill* procedimentale e il termine di notifica del ricorso introduttivo del giudizio; II) la possibilità di procedere con il rito abbreviato solo se il giudice ritiene che il ricorso presenti "un *fumus* di fondatezza, laddove l'effetto sospensivo automatico connesso alla proposizione del ricorso", vale a dire lo *standstill period* processuale, "rende ora necessario che in ogni caso ci sia una celere definizione della lite"; III) "una scansione processuale che non sempre garantisce la celere definizione della lite". Alla luce di tali rilevati, la legge delega n. 88 del 2009 e il d.lgs. n. 53 del 2010 "avevano affrontato il tema dei termini di ricorso sotto tre distinti profili: a) la durata del termine di notifica del ricorso; b) la decorrenza del termine di ricorso; c) il termine di deposito del ricorso, il termine per motivi aggiunti, il termine per la costituzione delle altre parti".

Difatti, l'art. 8 d.lgs. n. 53 del 2010, in attuazione dell'art. 44, co. 3, lett. f), n. 1, L. n. 88 del 2009³⁵¹, aggiunge all'art. 245 d.lgs. n. 163 del 2006³⁵² il co. 2-*quinquies*³⁵³, che fissa in trenta giorni il termine per la notifica del ricorso principale³⁵⁴. Dunque, ci si discosta dalla disciplina dettata dall'art. 23-*bis* L. Tar³⁵⁵, relegato, secondo quanto previsto dal co. 2-*bis* dell'art. 245 d.lgs. cit., ad un ruolo meramente residuale³⁵⁶ e torna *in auge* la scelta legislativa di dimezzare il termine di notifica del ricorso introduttivo, fortemente criticata dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria, ma ritenuta compatibile con l'esercizio del diritto di difesa dalla Consulta nel 1999. In realtà, la dimidiazione del termine di notifica del ricorso principale si era resa necessaria per sincronizzare il termine di proposizione del ricorso con quello di *standstill period* procedimentale, che all'art. 11, co. 10, d.lgs. n. 163 del 2006 impediva alla stazione appaltante la stipula del contratto con l'originario aggiudicatario prima del decorso di trentacinque giorni (così come

³⁵¹ L'art. 44, co. 3, lett. f), n. 1, L. n. 88 del 2009, che fissa espressamente in trenta giorni il termine per la notifica del ricorso principale, ridefinisce tutti i termini processuali riducendone la durata e rendendo inadeguata la disciplina prevista dall'art. 23-*bis* L. Tar. Invero, i criteri dettati dalla legge delega, tesi a creare un nuovo rito in materia di appalti pubblici con termini processuali e regole diverse rispetto al previgente rito abbreviato *ex art. 23-bis* L. cit., non sembravano imposti dal diritto comunitario e contrastano, come si vedrà, anche con le esigenze di razionalizzazione dei riti speciali, nonché di omogeneizzazione dei termini per la notifica del ricorso introduttivo perseguite con il c.p.a. Dunque, la direttiva comunitaria non obbligava a prevedere un ulteriore rito in materia che rappresenta solo un'inutile complicazione del sistema di giustizia amministrativa. Cfr. più ampiamente sul punto M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010, op. cit.*, 82 ss.

³⁵² L'art. 8 d.lgs. n. 53 del 2010 innova l'art. 245 d.lgs. n. 163 del 2006 che dettava la disciplina processuale in materia di appalti pubblici prima contenuta nell'art. 23-*bis* L. Tar. L'art. 245 d.lgs. cit., come si preciserà successivamente, è poi diventato, con modifiche, l'attuale art. 120 c.p.a., inserito nel Titolo V dedicato ai "Riti abbreviati relativi a speciali controversie".

³⁵³ Il termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso principale è stato successivamente confermato dall'art. 120, co. 5, c.p.a.

³⁵⁴ L'art. 2-*quater* della direttiva 2007/66/CE fissa una misura minima (dieci giorni) al di sotto della quale gli Stati membri non possono stabilire il termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale. Dunque, il termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso giurisdizionale previsto dal legislatore italiano è compatibile con la disciplina comunitaria.

³⁵⁵ L'art. 23-*bis* L. Tar, come chiarito, aveva modificato la previgente disciplina contenuta nell'art. 19 D.L. n. 67 del 1997 ripristinando il termine ordinario di sessanta giorni per la notifica del ricorso introduttivo, per garantire un più ampio esercizio del diritto di difesa. Di contro, l'art. 8 d.lgs. n. 53 del 2010, che aggiunge il co. 2-*quinquies* all'art. 245 d.lgs. n. 163 del 2006, ripristina la riduzione alla metà per il termine di proposizione del ricorso principale, fissandola, nuovamente, in trenta giorni.

³⁵⁶ Disponeva, infatti, l'art. 245, co. 2-*bis*, d.lgs. n. 163 del 2006: "Salvo quanto previsto dal presente articolo e dagli articoli seguenti si applica l'art. 23-*bis* della legge 6 dicembre 1971, n. 1034". Tale clausola di salvezza significa che la disciplina processuale prevista dall'art. 23-*bis* L. Tar trova applicazione solo in via residuale, ossia qualora non sia diversamente previsto dall'art. 245 d.lgs. cit. Cfr. sul punto M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010, op. cit.*, 84 ss., il quale, dopo aver spiegato che l'introduzione di un ulteriore rito speciale non fosse necessaria, afferma: "la singolarità della scelta legislativa deriva anche dalla circostanza che si abbandona proprio il rito dell'articolo 23-*bis* della legge n. 1034/1971, concepito, originariamente, per definire il processo più congeniale alla materia dei contratti pubblici, recuperandolo (su indicazione del parere del Consiglio di Stato) solo come normativa di chiusura e residuale". È con molta probabilità questa la spiegazione della portata del rinvio *ex art. 245, co. 2-bis, d.lgs. n. 53 del 2010, all'art. 23-bis* L. Tar. Difatti, l'art. 245 d.lgs. cit., così come novellato, aveva introdotto un rito autosufficiente, che non aveva bisogno "di essere completato con l'art. 23-*bis*, ma semmai con la disciplina generale del processo amministrativo". Pertanto, l'unica utilità del suddetto rinvio era forse rintracciabile nel fatto che i termini diversi da quelli espressamente disciplinati dall'art. 245 dovevano intendersi dimezzati rispetto a quelli ordinari. Cfr. sul punto R. DE NICTOLIS, *I riti speciali, op. cit.*, 1162.

modificato dal d.lgs. n. 53 del 2010, mentre la norma prima della novella prescriveva trenta giorni) dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Difatti, prima dell'intervento del d.lgs. n. 53 del 2010 il termine per proporre ricorso, ossia sessanta giorni *ex art. 23-bis* L. Tar, mal si conciliava con quello sospensivo di trenta giorni, in quanto il contratto poteva essere stipulato quando il termine per la notifica del ricorso giurisdizionale non fosse ancora decorso. Dunque, il termine di sessanta giorni risultava eccessivo e, inoltre, la tutela del ricorrente rischiava di essere vanificata, in quanto poteva accadere che il ricorso fosse esperito in un momento in cui il contratto fosse già stato stipulato con l'originario aggiudicatario³⁵⁷.

7. L'adeguamento dello standstill period procedimentale alle disposizioni della direttiva ricorsi 2007/66/CE e al dimezzato termine di notifica del ricorso principale.

Nel Capitolo precedente³⁵⁸ si è già discusso dell'istituto dello *standstill period* procedimentale e processuale la cui previsione negli ordinamenti dei singoli Stati membri era stata imposta dalla direttiva ricorsi 2007/66/CE, rispettivamente, agli artt. 2-*bis*, par. 2, e 2, par. 3.

In questa sede si aggiunga che l'ordinamento italiano già conosceva un meccanismo di *standstill period* procedimentale prima dell'emanazione della direttiva ricorsi, la cui disciplina, però, presentava rilevanti differenze rispetto a quella dettata dal legislatore comunitario e necessitava, pertanto, di essere modificata alla luce delle nuove indicazioni fornite dalla direttiva medesima. Difatti, il legislatore nazionale aveva previsto lo *standstill period* procedimentale all'art. 11, co. 10, d.lgs. n. 163 del 2006, secondo cui era fatto divieto alla stazione appaltante di stipulare il contratto con l'originario aggiudicatario prima di trenta giorni decorrenti dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione, "salvo motivate ragioni di particolare urgenza".

Dunque, rispetto alla disciplina prevista dalla direttiva comunitaria, l'art. 11, co. 10, d.lgs. cit., nella sua originaria formulazione, non specificava né le conseguenze giuridiche connesse all'inosservanza del periodo di *standstill* (che la direttiva ricorsi sanziona con la privazione di effetti del contratto) e né i casi in cui fosse possibile derogare allo *standstill period* procedimentale³⁵⁹. In altri termini, al contrario della direttiva, che indicava all'art. 2-*ter* in maniera

³⁵⁷ Cfr. in argomento R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice degli appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, op. cit.; S. CIMINI, *Il rito accelerato in materia di contratti pubblici*, in www.giustamm.it

³⁵⁸ Cfr. *supra* Cap. I, par. 5.1.

³⁵⁹ Come chiarisce R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, op. cit., l'art. 11, co. 10, d.lgs. n. 163 del 2006, prima delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 53 del 2010, presentava alcune criticità: I) il termine per proporre ricorso non era coordinato con il termine di *standstill* sostanziale; II) il termine dilatorio era facilmente derogabile, potendo la p.a. stipulare il contratto prima del decorso dei trenta giorni per "motivate ragioni di particolare urgenza"; III) non erano previste conseguenze sanzionatorie in caso di violazione dello *standstill*. Per ovviare alla prima criticità menzionata, il legislatore sincronizza i due termini considerati dimezzando quello di proposizione del ricorso introduttivo ed innalzando il termine dilatorio, per le ragioni riportate nella presente trattazione, da trenta a trentacinque giorni.

dettagliata i casi in cui fosse possibile derogare al citato termine dilatorio, l'art. 11, co. 10, d.lgs. cit., consentiva alla stazione appaltante di stipulare il contratto anche prima di trenta giorni adducendo in maniera generica " motivate ragioni di particolare urgenza che non consentono all'amministrazione di attendere il decorso del predetto termine".

Appare evidente che si trattava di una formula ampia che rendeva facilmente derogabile il periodo di *standstill* procedimentale³⁶⁰. Per superare tali criticità e dare attuazione all'art. 2-ter della direttiva 2007/66/CE il legislatore italiano con l'art. 1 d.lgs. n. 53 del 2010 modifica l'art. 11 d.lgs. n. 163 del 2006, aggiungendo, dopo il comma 10, il co. 10-bis, che prevede ipotesi specifiche³⁶¹ in cui lo *standstill period* procedimentale può essere derogato³⁶².

Inoltre, l'art. 1 d.lgs. n. 53 del 2010 modifica l'art. 11, co. 10, d.lgs. n. 163 del 2006 innalzando il termine di *standstill* procedimentale da trenta a trentacinque giorni.

Come osserva attenta dottrina³⁶³, tale innalzamento si è reso necessario, nella logica del legislatore italiano, per sincronizzare il termine per proporre ricorso giurisdizionale (ridotto da sessanta a trenta giorni ad opera dell'art. 8 d.lgs. n. 53 del 2010) con il termine dilatorio per la stipulazione del contratto. Difatti, se per le ragioni già chiarite il termine di sessanta giorni per proporre il ricorso

³⁶⁰ Era difatti sufficiente che la stazione appaltante adducesse " motivate ragioni di particolare urgenza" per stipulare il contratto senza rispettare il termine dilatorio. Inoltre, non vi era alcuna sanzione per l'inosservanza del termine medesimo.

³⁶¹ E non più generiche come le " motivate ragioni di particolare urgenza".

³⁶² Sul punto appare necessaria una precisazione: la direttiva 2007/66/CE all'art. 2-ter consentiva agli Stati membri di derogare allo *standstill period* procedimentale in quattro casi. Al contrario, la legge delega n. 88 del 2009 all'art. 44, co. 1, lett. e), chiede il recepimento dell'art. 2-ter limitatamente alla sua lettera b), prevedendo, dunque, la deroga al termine di *standstill* procedimentale solo in un caso. Si tratta, sicuramente, di una scelta legittima del legislatore delegante, dal momento che la direttiva lasciava liberi gli Stati membri riguardo alla scelta di prevedere dei casi di deroga ai termini di *standstill period*. Tuttavia, il d.lgs. n. 53 del 2010 compie una scelta alquanto bizzarra, poiché non si allinea né a quanto deciso dalla direttiva e né a quanto stabilito dalla legge delega: il comma 10-bis dell'art. 11 d.lgs. n. 163 del 2006, introdotto dal d.lgs. n. 53 del 2006, consente la deroga al termine di *standstill* nuovamente in quattro casi, ma con meccanismi diversi da quelli previsti dalla direttiva. Dunque, secondo R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, op. cit., il decreto legislativo delegato si pone in contrasto con la legge delega per eccesso di delega, in quanto legittimamente il legislatore delegante, trattandosi di una disposizione comunitaria facoltativa, aveva previsto la deroga al termine dilatorio in un solo caso e non in quattro (come suggeriva la direttiva). Nello stesso tempo sembra porsi in contrasto anche con la direttiva ricorsi, in quanto se da un lato prevede la deroga nuovamente in quattro casi, così come aveva stabilito il legislatore comunitario, dall'altro, si tratta di un recepimento della direttiva non corretto e non completo, poiché le deroghe funzionano in base a meccanismi differenti. Cfr., in senso analogo, D. GALLI, *Il recepimento della direttiva ricorsi tra vecchi e nuovi problemi*, op. cit., 902 ss.

³⁶³ M. LIPARI, *Il recepimento della " direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d.lgs. n. 53 del 2010*, op. cit., 2010, 66 ss., il quale chiarisce che l'intento della modifica apportata dal d.lgs. n. 53 del 2010, ossia, nel caso di specie, l'aumento del termine dilatorio da trenta a trentacinque giorni, consiste nel far addivenire la stazione appaltante alla stipula del contratto con l'originario aggiudicatario solo quando sia possibile stabilire " con un ragionevole grado di certezza, che nessuno dei soggetti potenzialmente interessati intenda contestare gli esiti della procedura di gara". Ed è proprio per realizzare tale finalità che occorre delineare " un accurato coordinamento tra le fasi sostanziali della procedura di affidamento e di stipulazione del contratto e i tempi della tutela giurisdizionale". Dunque, fissando il termine dilatorio in trentacinque giorni il legislatore intende sincronizzare il suddetto termine con quello di proposizione del ricorso " assicurando, però, la certezza della tempistica della procedura". E tale certezza sembra essere assicurata dalla ragionevole previsione che " nella generalità dei casi, la comunicazione possa pervenire al destinatario entro cinque giorni dall'invio: pertanto, in linea di fatto, il termine per la proposizione del ricorso" e il termine dilatorio sono in sostanza coincidenti.

mal si conciliava con il termine dilatorio di trenta giorni, il legislatore italiano, anche se sia la direttiva ricorsi che l'art. 44 L. n. 88 del 2009 non imponevano una durata dello *standstill period* procedimentale maggiore del termine per proporre ricorso³⁶⁴, il legislatore delegato ritiene di aumentare la durata del suddetto periodo sospensivo sostanziale per consentire alla stazione appaltante di avere “la ragionevole conoscenza” dell'esistenza di un ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva, prima di procedere alla stipula del contratto.

In altri termini, è ragionevole prevedere che, generalmente, la comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva³⁶⁵ giunge al destinatario entro cinque giorni dall'invio³⁶⁶, pertanto “in linea di fatto, il termine per la proposizione del ricorso e quello per la stipulazione del contratto potranno essere sostanzialmente coincidenti”³⁶⁷.

³⁶⁴ Rileva R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, op. cit., che, in verità, il diritto comunitario non aveva imposto che lo *standstill period* procedimentale fosse più lungo del termine per proporre ricorso, potendo, in teoria, essere anche più breve. Qualora lo *standstill* fosse più breve (ed era quanto accadeva nel vigore della precedente normativa, ossia quando il termine per ricorrere era fissato in sessanta giorni) sarebbe onere del ricorrente “presentare il ricorso prima della scadenza dello *standstill* anziché prima della scadenza del più lungo termine di ricorso, se vuole garantirsi che quando il ricorso è presentato il contratto non sia stato ancora stipulato”. Ma appare evidente che si tratta di una soluzione “che non garantisce adeguatamente l'interesse, anche pubblico e non solo privato, a che quando il ricorso è proposto, la situazione sia ancora impregiudicata”.

³⁶⁵ Com'è stato chiarito, il termine di *standstill* procedimentale decorre dall'invio dell'ultima comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai destinatari effettuata ex art. 79, co. 5, d.lgs. n. 163 del 2006. Il termine di *standstill* procedimentale ha lo scopo di consentire al ricorrente di valutare l'utilità di proporre ricorso e proprio per favorire tale possibilità il d.lgs. n. 53 del 2010 modifica l'art. 79 d.lgs. n. 163 del 2006, introducendo meccanismi di comunicazione che fanno ragionevolmente presupporre la conoscenza dell'atto da parte del destinatario. Tuttavia, al fine di consentire al ricorrente la concreta possibilità di valutare se impugnare o meno l'atto di aggiudicazione, il decreto legislativo delegato non solo modifica l'art. 79 d.lgs. cit. in modo da garantire una celere conoscenza del provvedimento di aggiudicazione definitiva, ma impone alla stazione appaltante un obbligo informativo più ampio. È noto che l'amministrazione dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva è tenuta ad effettuare determinate comunicazioni. Il d.lgs. n. 53 del 2010 amplia l'obbligo informativo in questione dal punto di vista soggettivo (i destinatari) ed oggettivo (i contenuti) “sul presupposto che lo spazio di tempo lasciato agli operatori economici controinteressati per prendere una decisione in merito all'aggiudicazione è funzionale a tale scopo solo se accompagnato da un'esauritiva informativa concernente la gara e lo stesso termine di *standstill*. Occorrono, in particolare, informazioni complete riguardanti non solo il provvedimento adottato, ma estese anche alle ragioni delle scelte compiute”. Dunque, la comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva deve contenere oltre al provvedimento medesimo, le ragioni che ne hanno determinato l'adozione, ossia la relativa motivazione, e si tratta di un obbligo che può essere adempiuto anche attraverso l'invio dei verbali di gara. (Art. 79, co. 5-bis, d.lgs. n. 163 del 2006). Cfr. sul punto R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, op. cit.; E. ZIMEI, *La disciplina sospensiva della stipula del contratto* (nota a Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565), op. cit., 596 ss.

³⁶⁶ Osserva R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, op. cit., che la motivazione per cui il termine di *standstill* procedimentale sia “leggermente più lungo del termine di ricorso, e in particolare è stato fissato in trentacinque giorni decorrenti dall'invio della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva a tutti i destinatari” deriva dal fatto che “si può ragionevolmente ritenere che cinque giorni siano necessari affinché la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva raggiunga tutti i destinatari”. Difatti l'art. 79, co. 5, lett. a), d.lgs. n. 163 del 2006, oggi diventato art. 76 d.lgs. n. 50 del 2016, prevedeva che l'aggiudicazione definitiva dovesse essere comunicata immediatamente “e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni” ai seguenti operatori economici: l'aggiudicatario, il concorrente che segue nella graduatoria, i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa alla gara, i candidati non ammessi che abbiano proposto un ricorso o siano in termini per ricorrere, coloro che abbiano impugnato il bando o l'avviso ed il relativo contenzioso non sia stato respinto con pronuncia giurisdizionale definitiva. Cfr. sul punto A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, op. cit., 640.

³⁶⁷ Così, testualmente, M. LIPARI, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia “flessibile” del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010*, op. cit., 2010, 66, il quale ha cura

Dunque, i cinque giorni in più rispetto alla precedente normativa avrebbero lo scopo di consentire all'interessato di proporre utilmente il ricorso, dal momento che se è ragionevole prevedere che la notifica del ricorso medesimo giunga alla stazione appaltante prima che sia decorso il termine dilatorio³⁶⁸, vale a dire prima che l'amministrazione sia legittimata a sottoscrivere il contratto, la probabilità che il ricorrente veda frustrata la sua aspettativa di aggiudicarsi l'appalto diventa ipotesi invero remota.

7.1. (Segue) La disciplina dello *standstill period* processuale nell'ordinamento italiano. Un'ipotesi di tutela cautelare ex lege.

L'art. 1 d.lgs. n. 53 del 2010, in attuazione dell'art. 2, par. 3, della direttiva 2007/66/CE, nonché dell'art. 44, co. 3, lett. g), L. n. 88 del 2009, modifica ulteriormente l'art. 11 d.lgs. n. 163 del 2006, introducendo il comma 10-ter, disciplinante il c.d. *standstill period* processuale, così definito perché ancorato al processo amministrativo³⁶⁹.

Senza ripetere quanto detto in precedenza³⁷⁰, si tratta di un effetto sospensivo automatico che si cumula con lo *standstill period* procedimentale, ponendosi come ulteriore beneficio, qualora il ricorrente proponga ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare. L'operatività dell'istituto in esame è eventuale, in quanto subordinata alla scelta del partecipante alla gara di proporre ricorso giurisdizionale con contestuale richiesta di applicazione di misure cautelari³⁷¹, a differenza della clausola di *standstill period* procedimentale

di precisare nel prosieguo del suo ragionamento che “nella prospettiva del legislatore comunitario, non è affatto necessario che il termine dilatorio coincida con quello per la proposizione del ricorso. È sufficiente che entrambi siano ragionevolmente lunghi. Se il termine per la proposizione del ricorso fosse più lungo di quello dilatorio per la stipulazione del contratto, sarebbe onere della parte interessata attivarsi, prima della eventuale scadenza del termine, per la proposizione di un ricorso che possa risultare maggiormente efficace, precedendo la stessa costruzione del rapporto contrattuale”. Il legislatore italiano, invece, muove da una premessa diversa che, a parere dell'Autore, appare preferibile: la stazione appaltante, prima “di determinarsi alla stipula del contratto” deve essere in grado “di avere la certezza (o quanto meno la ragionevole conoscenza) della esistenza, o meno, di contestazioni dell'aggiudicazione”. La fissazione del termine dilatorio in trentacinque giorni risponde a tale obiettivo “anche se resta una limitata insicurezza collegata all'eventualità che qualcuna delle comunicazioni non sia giunta a buon fine o sia completata con ritardo”. Vi è, infatti, “il rischio che l'amministrazione si veda esposta ad un ricorso notificato dopo la stipula del contratto, regolarmente intervenuta dopo la scadenza del termine di trentacinque giorni, ma tempestivo per il ricorrente al quale la comunicazione sia giunta con ritardo”. Dovrebbe, pertanto, auspicarsi che la stazione appaltante utilizzi la nuova disciplina delle comunicazioni “avvalendosi di strumenti idonei a conseguire comunque la certezza delle intervenute comunicazioni”.

³⁶⁸ Questo avviene se la comunicazione del provvedimento di aggiudicazione raggiunga tutti i destinatari entro cinque giorni, altrimenti il ricorso potrebbe essere notificato all'amministrazione dopo il decorso dei trentacinque giorni (*standstill period*), qualora il ricorrente abbia avuto effettiva conoscenza del provvedimento di aggiudicazione in un periodo superiore ai cinque giorni. Per maggiori dettagli v. *sub* nota precedente.

³⁶⁹ Cfr. sul punto E. ZIMEI, *La disciplina sospensiva della stipula del contratto* (nota a Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565), *op. cit.*, 598.

³⁷⁰ Per un'esaustiva analisi dello *standstill period* processuale, così come previsto dalla direttiva ricorsi 2007/66/CE, si rinvia al par. 5.1. del Capitolo I.

³⁷¹ Come chiarito, la clausola di *standstill period* sostanziale ha lo scopo di consentire al ricorrente di valutare l'opportunità di proporre ricorso giurisdizionale. Dunque, se il ricorrente decide di adire la via giudiziaria, opererà, alle condizioni previste, lo *standstill period* processuale; al contrario, il termine sospensivo automatico non sarà operativo

che opera *ex lege*, garantendo una tutela minima ed ineludibile a prescindere dalla proposizione di ricorsi giurisdizionali³⁷².

Tuttavia, una volta proposto ricorso avverso l'atto di aggiudicazione con contestuale domanda cautelare la sospensione degli effetti del provvedimento impugnato, al contrario di quanto accade nel processo amministrativo ordinario³⁷³, opera automaticamente, ponendosi come una tutela cautelare *ex lege*³⁷⁴ che blocca la procedura facendo divieto alla stazione appaltante di stipulare il contratto dal momento della notifica del ricorso giurisdizionale sino alla pronuncia del giudice. Difatti, lo scopo dello *standstill period* processuale consiste nell'evitare che la stazione appaltante stipuli il contratto prima che il g.a. abbia avuto la possibilità di vagliare la fondatezza della domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva proposta dal ricorrente perlomeno in sede cautelare³⁷⁵. Se non si sospendessero automaticamente ed immediatamente gli effetti del provvedimento medesimo, la procedura procederebbe e la stazione appaltante potrebbe stipulare il contratto con l'originario aggiudicatario rendendo difficile per il ricorrente ottenere la soddisfazione del suo interesse in via specifica³⁷⁶.

Per quanto concerne la durata dell'effetto sospensivo automatico l'art. 11, co. 10-*ter*, d.lgs. n. 163 del 2006, fa coincidere il *dies a quo* di decorrenza del termine di *standstill* processuale con la notifica dell'istanza cautelare alla stazione appaltante³⁷⁷.

e cesserà il divieto per la stazione appaltante di sottoscrivere il contratto. Discorso differente riguarda lo *standstill period* sostanziale, che non ha carattere eventuale, ma opera automaticamente a seguito dell'ultima comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, assicurando al ricorrente una tutela minima. Cfr. più ampiamente E. ZIMEI, *La disciplina sospensiva della stipula del contratto* (nota a Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565), *op. cit.*, 599.

³⁷² Cfr. E. ZIMEI, *La disciplina sospensiva della stipula del contratto* (nota a Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565), *op. loc. ult. cit.*; D. SENZANI, *Artt. 11-12*, in *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, a cura di A. CARULLO – G. IUDICA, Padova, 2011, 307.

³⁷³ La regola generale, infatti, è quella opposta secondo cui la proposizione del ricorso giurisdizionale non sospende l'esecuzione del provvedimento impugnato e anche quando il ricorrente chieda l'applicazione di una misura cautelare essa non opera automaticamente, ma bisogna comunque attendere la decisione del giudice. Cfr. R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, *op. cit.*, e, per maggiori dettagli, si rinvia a quanto affermato sul punto al paragrafo 5.1. del Capitolo I.

³⁷⁴ Che non postula l'intervento del giudice, ossia non c'è necessità che il ricorrente attenda la pronuncia cautelare per verificarsi, ma opera automaticamente al ricorrere dei due presupposti richiesti: 1) proposizione del ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione; 2) contestuale domanda cautelare. Cfr. sul punto E. ZIMEI, *La disciplina sospensiva della stipula del contratto* (nota a Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565), *op. cit.*, 600; A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, *op. cit.*, 650.

³⁷⁵ Cfr. F. ELEFANTE, *artt. 11-12*, in *Codice dell'appalto pubblico*, a cura di S. BACCARINI – G. CHINÈ – R. PROIETTI, Milano, 2011, 177.

³⁷⁶ Dal momento che gli effetti dell'aggiudicazione illegittima si sono cristallizzati nel contratto e possono essere rimossi solo attraverso una dichiarazione di inefficacia del contratto medesimo e il ricorrente potrà ottenere la soddisfazione dell'interesse al bene della vita da lui anelato solo con il subentro nel contratto. Si tratta, tuttavia, come vedremo, di un'ipotesi di non semplice verifica nella prassi e bisogna comunque tener conto dello spirito della direttiva, ossia di potenziare i meccanismi di tutela preventiva per evitare il più possibile la stipula del contratto con l'aggiudicatario illegittimo.

³⁷⁷ Ai sensi dell'art. 11, co. 10-*ter*, d.lgs. n. 163 del 2006: “Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che...”. Dunque, come affermato anche da R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, *op. cit.*, “il *dies a quo* di tale effetto sospensivo è la notificazione della domanda cautelare alla stazione

Come accennato nel Capitolo precedente, per quanto riguarda, invece, il *dies ad quem* di tale effetto sospensivo la direttiva 2007/66/CE all'art. 2, par. 3, lasciava liberi gli Stati membri di decidere se il periodo di *standstill* dovesse durare sino all'adozione del provvedimento cautelare, ovvero sino alla decisione di merito.

Qual è la soluzione adottata dal legislatore italiano?³⁷⁸ L'art. 11, co. 10-ter, d.lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che l'effetto sospensivo automatico inizia a produrre effetti dal momento della notifica dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e si protrae per i successivi venti giorni, "a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva".

In altri termini, la disposizione impone che il divieto per la stazione appaltante di addivenire alla stipula del contratto di appalto, a seguito della proposizione del ricorso avverso l'atto di

appaltante". Aggiunge l'Autrice che "tale notificazione deve avvenire entro trenta giorni dalla ricezione della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva". Dal momento che lo *standstill period* sostanziale ha una durata di trentacinque giorni e decorre dall'ultima delle comunicazioni dell'aggiudicazione definitiva ai destinatari, la stazione appaltante dovrebbe venire a conoscenza della notificazione del ricorso entro i predetti trentacinque giorni, per poter essere in grado di sospendere ulteriormente la stipula del contratto. Difatti, lo *standstill period* processuale inizia a produrre effetti non dalla data in cui parte la notificazione, ovvero dalla data in cui si perfeziona per il notificante; bensì dalla data in cui la notificazione del ricorso giunge al destinatario, ossia dalla data in cui la notifica si perfeziona per il suo destinatario. Una regola particolare sussiste per le amministrazioni che fruiscono del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, difatti, in tal caso, l'effetto sospensivo automatico produrrà effetti solo se il ricorrente notifici il ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare "oltre che presso detta Avvocatura, anche alla stazione appaltante nella sua sede reale, in data non anteriore alla notifica presso l'Avvocatura" (art. 245, co. 2-ter, d.lgs. n. 163 del 2006, trasfuso nell'art. 120, co. 4, c.p.a.). L'ulteriore condizione richiesta dalla disposizione, ossia di notificare il ricorso anche presso la sede reale della stazione appaltante è dettata dal fatto che, non essendoci sempre una corrispondenza interna tra Avvocatura dello Stato e amministrazioni, potrebbe accadere che le stazioni appaltanti non vengano a conoscenza, nel suddetto termine di trentacinque giorni, del ricorso che è stato loro notificato. Si tratta, dunque, di una regola che non ha rilevanza ai fini processuali, ma al solo fine della produzione dell'effetto sospensivo automatico. Cfr. in argomento R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, op. cit.

³⁷⁸ Più nello specifico, il legislatore delegato recepisce l'art. 2, par. 3, della direttiva 2007/66/CE attraverso l'art. 44, co. 3, lett. g), n. 2), L. n. 88 del 2009, secondo cui "la preclusione alla stipulazione del contratto opera fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare definitivo, ovvero fino alla pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado, in udienza o entro i successivi sette giorni, se la causa può essere decisa nel merito della camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare". Dunque, secondo il legislatore delegante qualora si possa far luogo al "giudizio immediato", vale a dire alla definizione della causa nel merito già all'udienza cautelare, il giudice adotta il dispositivo della sentenza di primo grado in sostituzione del provvedimento cautelare, con la conseguenza che lo *standstill period* processuale dura sino alla pubblicazione del dispositivo. Se, invece, non è possibile procedere con il giudizio immediato, allora l'effetto sospensivo automatico si protrarrà sino all'adozione del provvedimento cautelare definitivo. Cfr. sul punto R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, op. cit., la quale si è interrogata su cosa intendesse la legge delega per "provvedimento cautelare definitivo". L'Autrice dopo essere giunta alla conclusione che con tale espressione sembrerebbe farsi riferimento al provvedimento cautelare collegiale di primo grado non impugnato, o a quello cautelare collegiale di appello, avverte di tener conto dell'interpretazione che è stata data dal decreto legislativo delegato (d.lgs. n. 53 del 2010), che ha considerato definitivo il provvedimento cautelare collegiale di primo grado *tout court*. Bisogna, dunque, fare riferimento a tale interpretazione, dal momento che ha ottenuto anche il parere favorevole del Consiglio di Stato. Si aggiunga sul punto che il decreto legislativo delegato ha introdotto all'art. 11 d.lgs. n. 163 del 2006 il comma 10-ter, chiarendo, ulteriormente, quanto statuito dall'art. 44 L. Cit., ed individuando, nel senso spiegato nella presente trattazione, anche la durata dell'effetto sospensivo automatico.

aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, inizia a decorrere dal momento della notifica dell'istanza cautelare all'amministrazione ed ha una durata di almeno venti giorni.

Attenta dottrina³⁷⁹ osserva che l'espressione "a condizione che entro tale termine intervenga *almeno*" uno dei due provvedimenti citati, significa che se prima del decorso del termine di venti giorni dovessero intervenire il provvedimento cautelare o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado³⁸⁰, lo *standstill period* processuale non cessa di operare ma si protrae sino allo scadere dei venti giorni, addirittura, anche nell'ipotesi in cui il g.a. non accolga la domanda cautelare o il ricorso³⁸¹. Qualora, invece, uno dei due provvedimenti dovesse essere adottato dopo la scadenza del termine di venti giorni l'effetto sospensivo automatico si protrarrà sino alla pronuncia di uno di essi³⁸².

In sintesi, il divieto per la stazione appaltante di stipulare il contratto, ai sensi dell'art. 11, co. 10-ter, d.lgs. n. 163 del 2006, ha una durata minima di venti giorni, dunque, anche se uno dei due provvedimenti citati dovesse essere adottato prima della scadenza del suddetto termine, comunque il periodo sospensivo continua a produrre effetti sino alla scadenza dei venti giorni. Tuttavia, poiché lo scopo dello *standstill period* consiste nel consentire al giudice di pronunciarsi sulla domanda cautelare proposta senza frustrare le aspettative di tutela del ricorrente, il termine di sospensione potrà durare anche oltre i venti giorni, qualora uno dei due atti citati venga adottato successivamente alla scadenza. In tal caso, il termine sospensivo automatico dura fino a quando il g.a. non si pronuncia.

I meccanismi di *standstill period* sostanziale, ma soprattutto processuale, rispondono alla *ratio* della direttiva ricorsi che consiste nella soddisfazione in via specifica dell'interesse dell'impresa illegittimamente non vincitrice all'aggiudicazione dell'appalto e alla stipula del contratto. Se è questo l'obiettivo principale della direttiva è ben comprensibile il cambio di prospettiva rispetto alle antiche norme sul rito in materia di appalti pubblici che avevano un atteggiamento negativo nei confronti della tutela cautelare, al contrario del legislatore comunitario del 2007 che pospone

³⁷⁹ R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, *op. cit.*

³⁸⁰ Si fa riferimento all'ipotesi del giudizio immediato ove il giudice adotta una sentenza in sostituzione del provvedimento cautelare, dal momento che la decisione del merito avviene all'esito dell'udienza cautelare, ossia c'è una concentrazione tra la fase cautelare e quella di merito. Cfr. sul punto A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, *op. cit.*, 651.

³⁸¹ In tal caso, il ricorrente avrebbe ancora il tempo necessario per "proporre appello avverso l'ordinanza cautelare o avverso il dispositivo, beneficiando dell'effetto sospensivo legale". Così R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, *op. cit.*

³⁸² Chiarisce E. ZIMEI, *La disciplina sospensiva della stipula del contratto* (nota a Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565), *op. cit.*, 599, che "se entro i venti giorni non intervengono la decisione cautelare di primo grado o, in caso di decisione del merito all'udienza cautelare, il dispositivo della sentenza di primo grado, la sospensione si protrae sino a tali pronunce". Sempre all'art. 11, co. 10-ter, d.lgs. n. 163 del 2006, il legislatore individua dei casi in cui lo *standstill period* processuale cessa di operare, purché siano scaduti i venti giorni. In tali ipotesi l'effetto sospensivo "viene meno al fine di individuare un argine alla stasi della stazione appaltante". In definitiva, il termine di venti giorni è suscettibile, alle condizioni previste, di aumento, ma non di diminuzione.

alla celere realizzazione dell'opera la soddisfazione dell'interesse legittimo pretensivo dell'impresa ricorrente³⁸³.

Per realizzare tale interesse, la direttiva ricorsi mira, come chiarito altrove³⁸⁴, a potenziare i meccanismi di tutela preventiva cercando di “mantenere ferma il più possibile la stipula del contratto”³⁸⁵, consentendo, così, di correggere le violazioni della procedura di gara in una fase in cui possono ancora essere corrette.

Dunque, se l'effetto utile della direttiva comunitaria consiste nel garantire l'effettività della tutela giurisdizionale già durante lo svolgimento della procedura di gara, nonché l'effettività della normativa europea, ossia il rispetto delle regole sulle procedure di aggiudicazione, appare consequenziale la predilezione della direttiva in questione per meccanismi processuali che garantiscano al ricorrente una tutela anticipata e cautelativa prima della stipula del contratto³⁸⁶. Per queste ragioni il legislatore comunitario esprime un *favor* per la tutela cautelare e, dunque, per la tutela cautelare *ex lege* rappresentata dallo *standstill period* processuale.

Difatti, la prevalenza dell'interesse dell'impresa non vittoriosa all'aggiudicazione dell'appalto porta il legislatore a sospendere in via automatica gli effetti del provvedimento di aggiudicazione e la stipula del contratto a seguito della proposizione del ricorso giurisdizionale con contestuale domanda cautelare, senza attendere la decisione del giudice. Ciò implica che non è il giudice, come di consueto, a dover verificare la sussistenza dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, ma è il legislatore che a monte ha considerato prevalente l'interesse del ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto tutelabile, in tale fase, attraverso l'impedimento per la stazione appaltante di sottoscrivere il contratto con l'originario aggiudicatario. Dunque, il ricorrente ha

³⁸³ Cfr. M. RAMAJOLI, *La tutela cautelare nel contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici*, op. cit., 933 ss., la quale rileva che la direttiva 2007/66/CE “ha introdotto un profondo cambiamento d'impostazione rispetto alla tendenza tradizionalmente seguita dal nostro legislatore”, mettendo “in primo piano l'esigenza di effettività della tutela del ricorrente, proprio come reazione alla prevalenza fino ad oggi accordata – in tutta Europa, non solo in Italia – all'interesse alla celere realizzazione dell'opera pubblica. Non si ha più solo un mero rito speciale dal punto di vista formale, ma una vera e propria differenziazione della tutela in senso sostanziale. In questo nuovo contesto l'atteggiamento del legislatore rispetto alla tutela cautelare ha mutato di segno, passando da negativo a positivo”.

³⁸⁴ Cfr. *supra* Capitolo I, par. 5.1.

³⁸⁵ A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, op. cit., 651.

³⁸⁶ È utile ricordare quanto sostenuto sul punto da M. RAMAJOLI, *La tutela cautelare nel contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici*, op. cit., 934 ss., la quale chiarisce che l'obiettivo della direttiva ricorsi consiste nel migliorare l'effettività della tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici, “evitando che il giudizio s'instauri a contratto ormai concluso e incoraggiando così «gli interessati ad avvalersi maggiormente delle possibilità di ricorso con procedura d'urgenza, prima della conclusione del contratto»”. È evidente che in uno scenario siffatto la tutela cautelare diventa “lo strumento centrale di un giudizio che è speciale in un senso del tutto nuovo. Tale giudizio deve raggiungere il risultato di assicurare una tutela specifica (non solo e non tanto per equivalente) all'interesse del ricorrente – che coincide con l'interesse europeo al rispetto delle regole sulle procedure di aggiudicazione – pur di fronte alla necessità di non sacrificare indebitamente l'interesse dell'amministrazione alla realizzazione dell'opera pubblica”. Per queste ragioni la direttiva ricorsi introduce “meccanismi preventivi idonei ad assicurare al soggetto leso una tutela efficace in via anticipata e cautelativa avverso le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici; il che significa correggere le violazioni riscontrate in una fase in cui le stesse possono ancora essere facilmente emendate e quindi risolvere le controversie relative alle procedure di affidamento prima che il contratto sia stato concluso”.

bisogno che la procedura venga bloccata istantaneamente, altrimenti gli effetti dell'aggiudicazione illegittima potrebbero cristallizzarsi nel contratto, riducendo drasticamente la possibilità di diventare aggiudicatario³⁸⁷. Pertanto, l'effetto sospensivo automatico scatta immediatamente, in quanto il legislatore ha ritenuto a monte sussistente il pregiudizio grave ed irreparabile che si identifica "nell'interesse del concorrente non vittorioso a fermare la sottoscrizione del contratto e l'esecuzione dell'appalto sino a quando il giudice non pronunzi l'ordinanza sulla domanda di sospensiva o non sia pubblicato il dispositivo della sentenza di primo grado, in caso di decisione del merito all'udienza cautelare"³⁸⁸.

In altri termini, il pregiudizio grave ed irreparabile consiste nell'impossibilità per il ricorrente di ottenere l'appalto qualora non si impedisca alla stazione appaltante di stipulare il contratto con l'originario aggiudicatario sino alla pronuncia del giudice.

Dunque, la tutela cautelare scatta *ex lege* finché il giudice non si pronunzi, pertanto quest'ultimo, in sede cautelare, sarà tenuto a valutare solo il *fumus boni iuris*, ma non il *periculum in mora*³⁸⁹,

³⁸⁷ Come spiegato nel Capitolo precedente, la direttiva ricorsi mira a potenziare gli strumenti di tutela preventiva, perché vuole correggere le violazioni della normativa comunitaria in corso di svolgimento della gara. Una volta stipulato il contratto, come vedremo, se sussistono le condizioni il g.a. potrà annullare l'atto di aggiudicazione, dichiarare l'inefficacia del contratto e ordinare il subentro del ricorrente nel contratto medesimo. Tuttavia, nella logica della direttiva ricorsi la dichiarazione di inefficacia del contratto è concepita come *extrema ratio*, da utilizzare quando tutti i meccanismi di tutela preventiva non hanno funzionato. Pertanto, prima di arrivare alla dichiarazione di inefficacia del contratto la direttiva cerca di fare il possibile per evitare la stipula del contratto e, dunque, per assicurare il rispetto delle norme comunitarie poste a garanzia non solo dei privati, ma anche dell'interesse pubblico alla libera concorrenza. Così si spiega la rinnovata attenzione del legislatore per la tutela cautelare, in tal caso per una tutela cautelare *ex lege* che opera automaticamente perché il legislatore ha ritenuto sussistente a monte il *periculum*. Cfr. sul punto M. RAMAJOLI, *La tutela cautelare nel contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici*, op. cit., 936, secondo cui nella logica della direttiva ricorsi "il potere giudiziale di dichiarazione di inefficacia del contratto deve essere letto in combinato disposto con il sistema di tutela anticipata e preventiva e si pone come *extrema ratio* rispetto a tale sistema".

³⁸⁸ E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, op. cit., 1112, il quale aggiunge sul punto che è proprio la necessità di garantire "la tutela in via specifica dell'interesse del ricorrente alla sottoscrizione del contratto ed all'esecuzione dell'appalto" ad aver indotto il legislatore "a stabilire una misura cautelare automatica che fa seguito al periodo di attesa preprocessuale di 35 giorni". "Il pregiudizio grave e irreparabile è stato valutato, in via preventiva e generale, dal legislatore per la tutela prioritaria dell'interesse del concorrente (illegittimamente) non vincitore ad eseguire l'appalto".

³⁸⁹ Già considerato esistente dal legislatore. Difatti, chiarisce E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, op. cit., 1112 ss., che quando il ricorso con contestuale domanda cautelare "giunge in Camera di Consiglio, il giudice deve valutare esclusivamente il *fumus boni iuris*, non il pregiudizio grave e irreparabile che il legislatore ha ritenuto sussistere, dovendosi assicurare al ricorrente, illegittimamente non vincitore, il risultato di eseguire l'appalto che, frattanto, l'aggiudicatario non può realizzare sino alla pronuncia cautelare del giudice". Dunque, perché il giudice deve valutare solo il *fumus boni iuris* e non anche il *periculum in mora* il giudizio cautelare si riduce ad uno solo dei due profili sui quali solitamente si svolge. L'Autore avverte che il giudizio cautelare si atteggia diversamente nel caso in cui la stazione appaltante abbia stipulato il contratto con l'originario aggiudicatario. Si fa riferimento alle ipotesi descritte all'art. 11, co. 9, ult. periodo, d.lgs. n. 163 del 2006, aggiunto dall'art. 1, d.lgs. n. 53 del 2010, secondo cui l'esecuzione di urgenza del contratto non è consentita durante i due periodi di *standstill* procedimentale e processuale, "salvo che nelle procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari". Ed è l'ultima ipotesi quella che interessa in questa sede. Si tratta di casi in cui lo *standstill period* processuale non può operare, pertanto, ai fini dell'applicazione della misura cautelare il ricorrente deve attendere la decisione del giudice, il quale in sede cautelare dovrà valutare entrambi i requisiti del *fumus* e del *periculum*, in quanto, non potendo operare il periodo sospensivo

“con conseguente riduzione del giudizio cautelare ad uno solo dei due profili sui quali di solito si svolge”³⁹⁰.

Si ribadisce, la scelta del legislatore di ritenere sussistente il pregiudizio grave ed irreparabile a monte, facendo produrre a seguito della proposizione del ricorso l'effetto sospensivo processuale in maniera automatica, è una conseguenza della prevalenza della tutela dell'interesse del ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto da salvaguardare fino a che il giudice non decida sulla domanda cautelare, rinviando la fondatezza del ricorso ad una valutazione successiva³⁹¹.

automatico, il *periculum* non è considerato sussistente a monte dal legislatore, ma va valutato dal g.a. Dunque, in un caso del genere, il giudice deve valutare anche il *periculum in mora* “comparando l'interesse del ricorrente, normativamente tutelato, ad eseguire l'appalto a quello pure pubblico evidenziato dall'Amministrazione che ha deciso di dare immediata esecuzione alla prestazione prevista nell'appalto, tenendo presente che si tratta di interessi entrambi tutelati dalla norma, pubblici ed equiordinati”. Data la strumentalità del provvedimento cautelare rispetto alla sentenza di merito, in presenza “di un consistente *fumus boni iuris*” il g.a. potrebbe assegnare al ricorrente, seppur in via provvisoria, “l'aggiudicazione e il contratto, sospendendo l'efficacia del contratto sottoscritto”. Difatti, “i contenuti decisori dei poteri cautelari, strumentali a quelli di merito, possono produrre, salva la loro provvisorietà, gli stessi effetti delle sentenze, per cui il giudice può: sospendere l'efficacia dell'aggiudicazione e del contratto nonché disporre per il conseguimento (in via interinale) dell'aggiudicazione e del contratto, con conseguente esecuzione dell'appalto. Questi aspetti della misura cautelare connotano sensibilmente la specialità del processo negli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture”. Cfr., inoltre, sul punto M. RAMAJOLI, *La tutela cautelare nel contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici*, op. cit., 942 ss., la quale chiarisce che se nella logica della direttiva ricorsi la misura cautelare è pensata, essenzialmente, secondo uno schema di tipo conservativo, dal momento che mira a mantenere integra la possibilità per il ricorrente che abbia ragione di aggiudicarsi l'appalto, “evitando che il bene sia consumato dall'amministrazione”; d'altro canto non può sottacersi che - in altre ipotesi, come quella testé descritta - l'ordinanza cautelare ha natura propulsiva e tende ad anticipare quanto il ricorrente potrebbe ottenere con la sentenza di merito. Si pone, allora, “il delicato problema della strumentalità della misura cautelare” problema che sorge “in relazione al fatto che le ordinanze propulsive necessitano di esecuzione da parte della stazione appaltante e trovare un punto di equilibrio tra effettività e strumentalità della misura cautelare non pare affatto scontato”. L'Autrice sottolinea che soprattutto nel processo in materia di appalti pubblici si corre il rischio di consolidare l'assetto degli interessi stabilito in sede cautelare, tuttavia l'effettività della tutela non può realizzarsi a discapito del giusto processo. Pertanto, “la tutela cautelare deve restare rigorosamente all'interno del limite della strumentalità, dato che il potere cautelare è fondato sulla semplice supposizione della fondatezza della pretesa, quindi su una cognizione che per definizione non è neppure sommaria, ma soltanto superficiale”. Dunque, se non bisogna travalicare i limiti della strumentalità, neanche si deve correre il rischio opposto di limitarla a talune condizioni, come vedremo accade attualmente ai sensi dell'art. 120, co. 8-ter, c.p.a. Per maggiori dettagli sulla strumentalità delle misure cautelari cfr. E. FOLLIERI, *La fase cautelare*, in *Giustizia amministrativa*, op. cit., 354 ss.

³⁹⁰ E. FOLLIERI, op. ult. cit., 1112-1113.

³⁹¹ Il *fumus* può essere valutato successivamente, ma il *periculum* è in *re ipsa*, al fine di congelare l'aspettativa del ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto almeno sino alla pronuncia del giudice, ossia, per evitare che il suo interesse non venga soddisfatto. Cfr. in argomento A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, op. cit., 651, i quali sostengono che costituendo la tutela in via primaria dell'interesse dell'impresa non vittoriosa alla stipula del contratto l'obiettivo principale della direttiva 2007/66/CE, il g.a., in sede cautelare, dovrà tener conto del “*favor*” espresso dalla direttiva medesima “per la paralisi contrattuale”. Difatti, se da un lato è innegabile che la direttiva ricorsi abbia lasciato ampia discrezionalità agli Stati membri riguardo alla scelta di decidere il *dies ad quem* di decorrenza del termine di *standstill period* processuale, dall'altro, non può sottacersi che “l'effetto utile della direttiva può (possa) essere assicurato cercando di mantenere ferma il più possibile la stipula del contratto”, onde frustrare le aspettative di tutela del ricorrente, il cui interesse all'aggiudicazione dell'appalto è considerato obiettivo primario della direttiva ricorsi. Quanto detto implica che nella valutazione del *periculum in mora* il g.a. debba “tener presente quanto voluto dall'ordinamento europeo, cioè di dare la possibilità all'operatore economico di conseguire il contratto”. Concludono gli Autori sul punto affermando “verrebbe da dire che il danno grave ed irreparabile, fin tanto che il contratto non è stato concluso, è *in re ipsa*”.

La connotazione particolare dell'esercizio dei poteri cautelari e, dunque, dell'applicazione delle misure cautelari è sicuramente indice del carattere speciale del rito appalti che lo differenzia dal processo ordinario³⁹².

8. L'accelerazione dei termini processuali imposta dal d.lgs. n. 53 del 2010. Differenze con il rito abbreviato ex art. 23-bis, L. Tar.

Dopo questa digressione sui termini di *standstill period* procedurali e processuali occorre riprendere il discorso relativo alla nuova disciplina dei termini processuali introdotta dall'art. 8 d.lgs. n. 53 del 2010, che ha aggiunto all'art. 245 d.lgs. n. 163 del 2006 il comma 2-*quinquies*. Come accennato, l'art. 8 d.lgs. n. 53 del 2010 impone un'ulteriore accelerazione al rito in materia di appalti pubblici che si concretizza, soprattutto, nella velocizzazione dei termini processuali rispetto a quelli previsti per il rito ordinario e per il processo ex art. 23-bis L. Tar, dalla cui disciplina si discosta completamente.

La ridefinizione dei termini interni del processo e della loro decorrenza in via autonoma³⁹³, unitamente alle particolarità che saranno analizzate, contribuisce a disegnare un microsistema processuale accelerato con caratteristiche invero peculiari.

Della riduzione del termine di notifica del ricorso principale da sessanta a trenta giorni si è già discusso, di seguito si riportano tutti gli altri termini e le differenze con quelli previsti dall'art. 23-bis L. Tar: il termine per tutti i depositi³⁹⁴ viene diminuito da quindici a dieci giorni; trenta giorni, anziché sessanta per proporre ricorso incidentale; trenta giorni, in luogo di sessanta, per la proposizione del ricorso per motivi aggiunti avverso atti diversi da quelli già impugnati; quindici giorni, anziché trenta o sessanta a seconda della tesi accolta, per proporre motivi aggiunti avverso gli atti già impugnati; quindici giorni per l'appello avverso l'ordinanza cautelare.

Sempre in un'ottica acceleratoria l'art. 8 d.lgs. n. 53 del 2010 introduce il comma 2-*septies* all'art. 245 d.lgs. n. 163 del 2006, secondo cui: "I nuovi atti attinenti la medesima procedura di gara devono

³⁹² Tale particolarità si evince anche nel caso in cui la stazione appaltante abbia sottoscritto il contratto e il giudice, qualora consideri prevalente, a seguito del bilanciamento degli interessi in gioco, quello del ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto potrebbe addirittura consentirgli di ottenere l'aggiudicazione, seppur in via interinale e provvisoria. Ciò discende dalla strumentalità delle misure cautelari rispetto alla decisione di merito, per cui la misura cautelare "si modella sui poteri decisori" del giudice e si atteggia diversamente che nel giudizio ordinario. Difatti, si configurano poteri più pregnanti rispetto a quelli normalmente spettanti al giudice nel rito ordinario. È un discorso che ritornerà successivamente allorché si discorrerà della particolarità dei poteri esercitabili dal g.a. nel rito appalti e, soprattutto, della limitazione ai poteri d'urgenza registrata con l'art. 120, co. 8-*ter*, c.p.a. che sembra segnare un'involuzione rispetto alle conquiste in termini di effettività della tutela raggiunte con il processo appalti ex art. 120 ss. c.p.a.

³⁹³ Si intende rispetto al rito ordinario e a quello abbreviato ex art. 23-bis L. Tar. Cfr. sul punto M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficienza "flessibile" del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010*, op. cit., 86.

³⁹⁴ Ossia "per il deposito del ricorso principale, del ricorso incidentale, dell'atto contenente i motivi aggiunti, dell'appello avverso l'ordinanza cautelare", secondo quanto disposto dall'art. 245, co. 2-*quinquies*, lett. b), d.lgs. n. 163 del 2006.

essere impugnati con ricorso per motivi aggiunti”. Appare evidente che si tratta di una disposizione dettata dalle esigenze di concentrazione, particolarmente avvertite nel rito appalti³⁹⁵, e che comportano l’inammissibilità della proposizione di ricorsi avverso gli atti attinenti la medesima procedura di gara in via autonoma o separata. È prevista, dunque, l’obbligatorietà e non la mera facoltatività, della proposizione del ricorso per motivi aggiunti avverso atti connessi a quello già impugnato, che ha suscitato qualche commento critico in dottrina³⁹⁶. Tale disposizione è stata trasfusa, senza modifiche, nell’art. 120, co. 7, c.p.a.³⁹⁷

Inoltre, il comma 2-*duodecies* introduce un rito cautelare caratterizzato da termini eccessivamente brevi e non ben coordinati tra loro che pongono più di qualche dubbio sul rispetto del principio del contraddittorio e dell’esercizio del diritto di difesa³⁹⁸.

La disciplina completa del rito descritto agli artt. 245 e ss. d.lgs. cit. sarà analizzata nel Capitolo successivo, allorquando si evidenzieranno le differenze tra le suddette disposizioni e gli artt. 120 ss. c.p.a.

Tale comparazione sarà utile per verificare il cambio di prospettiva operato con l’introduzione del c.p.a., che tende ad arginare la spinta fortemente “centrifuga”³⁹⁹ presente nel d.lgs. n. 53 del 2010 per creare un modello processuale quanto più compatibile con l’impianto complessivo della giustizia amministrativa e non con caratteristiche peculiari che lo allontanano da qualsiasi previgente schema processuale.

³⁹⁵ Cfr. sul punto A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, op. cit., 646, i quali chiariscono che tale soluzione normativa discende “dall’esigenza di concentrazione particolarmente avvertita in tale procedimento speciale, nel quale, fra l’altro, viene unicamente richiamato il solo presupposto della connessione oggettiva”. Per maggiori dettagli sull’argomento cfr. F. FIGORILLI, *I motivi aggiunti*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo – Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, a cura di B. BASSANI, R. VILLATA, Milano, 2004, 183 ss.

³⁹⁶ Osservano infatti A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, op. loc. ult. cit., che l’attuale art. 43 c.p.a. non obbliga il ricorrente ad impugnare gli atti connessi a quelli già impugnati con ricorso per motivi aggiunti, ma concepisce l’istituto in esame come facoltativo. Proporre, in tal caso, ricorso per motivi aggiunti rappresenta una mera, seppur preferibile, possibilità di scelta rimessa alla parte.

³⁹⁷ A cui, da ultimo, l’art. 204, co. 1, lett. e), d.lgs. n. 50 del 2016 ha aggiunto una locuzione in apertura del comma. Tuttavia si rinvia l’analisi della modifica all’ultimo Capitolo della presente trattazione.

³⁹⁸ Cfr. A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, op. cit., 646-647.

³⁹⁹ Cfr. M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, op. cit.

Capitolo III

La disciplina del rito speciale in materia di appalti pubblici nel c.p.a. Il difficile inquadramento del modello processuale.

1. Dal d.lgs. n. 53 del 2010 al Codice del processo amministrativo. Il nuovo rapporto tra il rito speciale ex art. 120 c.p.a. e il rito abbreviato comune ex art. 119 c.p.a.

A questo punto della trattazione è utile comparare il rito descritto agli artt. 245 e ss., d.lgs. n. 163 del 2006, così come modificato dall'art. 8 d.lgs. n. 53 del 2010, con il rito speciale disciplinato agli artt. 120 e ss. c.p.a.⁴⁰⁰

Difatti, l'art. 245 d.lgs. cit. viene trasfuso, con rilevanti innovazioni, nell'art. 120 c.p.a.,⁴⁰¹ che modifica nuovamente il volto del rito in materia di appalti pubblici, riducendone in maniera sensibile i profili di "eccentricità" che lo allontanavano completamente non solo dal modello processuale previsto all'art. 23-bis L. Tar, ma, in generale, dall'impianto complessivo del sistema della giustizia amministrativa, così come delineato dal c.p.a.⁴⁰²

⁴⁰⁰ Nel prosieguo saranno evidenziate analogie e differenze tra il rito ex art. 120 e ss. c.p.a., in vigore dal 16 settembre 2010, con riferimento sia al processo abbreviato ex art. 23-bis (ora trasfuso nell'art. 119 c.p.a.), che all'art. 245 d.lgs. n. 163 del 2006, così come novellato dal d.lgs. n. 53 del 2010, in vigore fino al 15 settembre 2010. Cfr. sul punto R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, op. cit.

⁴⁰¹ Avverte M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, op. cit., che la scelta di far transitare la disciplina del rito in materia di appalti pubblici dal Codice dei contratti pubblici (art. 245 d.lgs. n. 163 del 2006, novellato dall'art. 8 d.lgs. n. 53 del 2010) al Codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104 del 2010) non è meramente convenzionale, ma evidenzia la volontà del legislatore "di capovolgere la spinta fortemente 'centrifuga' e polisistemica ben presente" nel d.lgs. n. 53 del 2010, inserendo il rito in esame "a pieno titolo, nell'ambito del codice del processo". Difatti, mentre il d.lgs. n. 53 del 2010 "intende affermare, enfatizzandola, l'assoluta specialità del contenzioso dei contratti pubblici, mediante la previsione di un ulteriore processo speciale, nettamente separato dal rito ordinario e da qualsiasi altro preesistente schema"; il c.p.a. "muove, invece, dalla condivisibile premessa secondo cui i riti speciali vanno drasticamente ridotti nel numero, resi tendenzialmente omogenei e razionalizzati, limitando allo stretto necessario le deroghe al rito ordinario". Una volta inserito il rito speciale nel c.p.a. le relative regole "perdono la loro connotazione di assoluta autonomia ed eccezionalità", in quanto non rappresentano più un "micro-sistema separato, ma diventano semplice articolazione di un unico modello di tutela dinanzi al giudice amministrativo necessariamente armonico e compatto".

⁴⁰² Cfr. sul punto M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, op. cit.; R. DE NICTOLIS, *Il rito degli appalti pubblici dopo il D.L. 90/2014*, in www.giustizia-amministrativa.it, la quale osserva che il rito ex art. 245 d.lgs. n. 163 del 2006, così come novellato dall'art. 8 d.lgs. n. 53 del 2010, ha avuto vita brevissima: dal 27 aprile al 15 settembre 2010, "avendo subito un'abrogazione (sia pure travestita da modifica degli articoli) ad opera del codice del processo amministrativo di cui al D.Lgs. n. 104/2010 (art. 3, comma 19, disp. coord. e abr., c.p.a.). Mentre le disposizioni in tema di sorte del contratto, sanzioni alternative, tutela risarcitoria, hanno subito solo un trasloco con ritocchi minimi, dal D.Lgs. n. 163/2006 al codice del processo amministrativo, invece il nuovo rito processuale sui pubblici appalti (già art. 245, D.Lgs. n. 163/2006) dopo la sua vita brevissima dal 27 aprile 2010 al 15 settembre 2010, è stato trasferito dal D.Lgs. n. 163/2006 al c.p.a. (art. 120) con sensibili modificazioni che ne hanno fatto un'entità profondamente diversa". Dunque, la disposizione che ha subito cambiamenti rilevanti nel trasloco da un codice all'altro è l'art. 245 d.lgs. cit., mentre le modifiche apportate agli artt. 245-bis e ss. d.lgs. cit., trasfusi negli artt. 121 e ss. c.p.a. sono state minime.

Il c.p.a. per creare un unico modello di tutela dinanzi al giudice amministrativo cerca di rendere quanto più possibile omogenee le regole stabilite per i riti differenziati, razionalizzando il microsistema dei giudizi abbreviati in modo da realizzare “un complesso unitario ed organico di regole speciali a carattere acceleratorio”⁴⁰³. Tale opera di revisione e razionalizzazione dei riti speciali avviene riducendo ai minimi termini le deroghe rispetto al rito ordinario, nonché i caratteri di autonomia e specialità che rendevano il rito descritto all’art. 245 d.lgs. cit., così come novellato dall’art. 8 d.lgs. n. 53 del 2010, un microsistema processuale separato, poco rispondente ai canoni del processo amministrativo di natura soggettiva⁴⁰⁴.

Per realizzare tale obiettivo, in ottemperanza al criterio di delega contenuto all’art. 44, co. 2, lett. c), L. n. 69 del 2009⁴⁰⁵, che imponeva al legislatore delegato “di procedere alla revisione e razionalizzazione dei riti speciali”, il c.p.a. razionalizza e traspone la disciplina prima prevista all’art. 23-bis L. Tar nell’art. 119 c.p.a. e riduce la specialità del processo *ex art.* 120 c.p.a.⁴⁰⁶, che diventa una *species* del più ampio *genus* del rito abbreviato *ex art.* 119 c.p.a.

Dunque, la creazione di regole maggiormente omogenee tra il rito speciale *ex art.* 120 c.p.a. e il rito abbreviato comune a determinate materie *ex art.* 119 c.p.a. comporta un cambiamento di prospettiva, mutando il rapporto sussistente tra le due norme, per cui il rito speciale in materia di appalti diventa un’articolazione, seppur con regole ulteriormente speciali, del rito abbreviato *ex art.*

⁴⁰³ F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, *op. cit.*, 733.

⁴⁰⁴ Come rilevato in precedenza la direttiva 2007/66/CE non aveva imposto l’introduzione di un ulteriore rito speciale in materia, che rappresentava, anzi, un’inutile “complicazione”, tra l’altro “scarsamente coordinata con le prospettive di razionalizzazione perseguite” con il c.p.a. Cfr. in argomento M. LIPARI, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l’inefficacia “flessibile” del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010*, *op. cit.*, 82. Aggiunge sul punto ID., *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, *op. cit.*, che la direttiva 2007/66/CE richiedeva una modalità di recepimento molto più agile rispetto a quella prescelta dal d.lgs. n. 53 del 2010: “occorreva, infatti, introdurre una puntuale disciplina della inefficacia del contratto, anche sotto l’aspetto strettamente processuale, senza ridisegnare un nuovo giudizio speciale”. Inoltre, per quanto concerne il rito “poteva convenirsi sulla opportunità (ma non sulla necessità assoluta) di ridurre il solo termine per la proposizione del ricorso, sincronizzando meglio con il termine dilatorio per la stipulazione del contratto”. Infine, “sul versante del diritto interno” era forse opportuno avvicinare la disciplina prevista agli artt. 245 e ss. d.lgs. cit. con quella contenuta nell’art. 23-bis L. Tar, “riducendo, anziché accentuando, i profili di specialità del rito”. In senso analogo si esprime D. GALLI, *Il recepimento della direttiva ricorsi tra nuovi e vecchi problemi*, *op. cit.*, 907, il quale osserva che “la riscrittura delle norme del rito appalti non era necessaria ai fini del recepimento delle disposizioni della direttiva, che si limitava a richiamare l’attenzione sui consueti principi di effettività, concentrazione e celerità del processo”.

⁴⁰⁵ L’art. 44 L. n. 69 del 2009 conteneva la delega per il riassetto della disciplina del processo amministrativo, avvenuto con il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

⁴⁰⁶ In ottemperanza a tale criterio di delega il legislatore delegato cerca di mitigare il carattere autonomo ed eccezionale del rito disciplinato dall’art. 245 d.lgs. cit. novellato dal d.lgs. n. 53 del 2010, trasponendo la relativa disciplina, con modifiche rilevanti per quanto concerne l’art. 245 d.lgs. cit. e marginali per gli artt. 245-bis e ss. d.lgs. cit., nel d.lgs. n. 104 del 2010 (ossia l’attuale c.p.a.). Dunque, l’opera del legislatore delegato non si è limitata ad un mero riordino della precedente disciplina ma, in ottemperanza al criterio di delega esposto, ha cercato di razionalizzare e rendere omogenea la disciplina processuale in materia di appalti pubblici riducendo i tratti di specialità ed autonomia che caratterizzavano le disposizioni introdotte con il d.lgs. n. 53 del 2010. Cfr. più ampiamente F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, *op. cit.*, 733 ss.

119 c.p.a. e non uno schema processuale con regole eccentriche, totalmente diverso dal rito descritto dal vecchio art. 23-*bis* L. Tar⁴⁰⁷. Ed è proprio questo nuovo rapporto di genere a specie che implica la riduzione dei connotati di specialità che caratterizzavano il rito prima disciplinato all'art. 245 d.lgs. cit., in modo da armonizzare e rendere quanto più possibile omogenea la disciplina dettata all'art. 120 c.p.a. con le regole comuni stabilite per tutte le materie soggette al rito abbreviato *ex art.* 119 c.p.a.⁴⁰⁸

Dunque, il c.p.a. disciplina il rito abbreviato comune a determinate materie e il rito speciale in materia di appalti pubblici, rispettivamente, agli artt. 119 e 120 c.p.a., entrambi inseriti nel Titolo V, Libro IV, del c.p.a., rubricato “*Riti abbreviati relativi a speciali controversie*”. Già dalla collocazione sistematica delle norme in esame si deduce la volontà del legislatore di assimilare le regole dettate dai riti *de quibus*.

Difatti, l'art. 119, co. 1, lett. a), c.p.a., menziona tra le controversie soggette al rito abbreviato anche i giudizi relativi alle procedure di affidamento, salvo quanto previsto dagli artt. 120 e ss., c.p.a., che stabiliscono regole solo parzialmente derogatorie rispetto a quelle dettate per il rito abbreviato comune, la cui differente disciplina si giustifica sulla base delle particolari esigenze di celerità e di effettività della tutela dell'impresa illegittimamente non risultata vincitrice, che vengono in rilievo per il rito appalti⁴⁰⁹.

Tuttavia, l'assimilazione delle regole dettate per il rito appalti a quelle stabilite dall'art. 119 c.p.a. se, da un lato, fa perdere molti dei connotati di specialità ed autonomia che contraddistinguevano

⁴⁰⁷ Come si è visto, l'art. 23-*bis* L. Tar era stato ridotto ad un ruolo meramente residuale. Cfr. sul punto R. DE NICTOLIS, *I riti speciali*, *op. cit.*, 1162 ss., la quale aggiunge che con il c.p.a. è stata cambiata la prospettiva, in quanto l'art. 119 c.p.a., il cui antesignano era rappresentato dall'art. 23-*bis* L. Tar, “contempla tra le sue materie anche le procedure di affidamento. Sicché il nuovo rito rientra nel *genus* del rito abbreviato comune (art. 119 c.p.a.), ma contiene rispetto ad esso ulteriori regole peculiari (artt. 120 e ss., c.p.a.)”. Dunque, il rapporto tra gli artt. 119 e 120 c.p.a. è diverso da quello esistente tra i vecchi artt. 23-*bis* L. Tar e 245 d.lgs. n. 163 del 2006, così come modificato dall'art. 8 d.lgs. n. 53 del 2010, in quanto il rinvio operato dall'art. 245 d.lgs. cit. all'art. 23-*bis* L. Tar relegava tale ultima disposizione ad un ruolo meramente residuale; mentre il c.p.a. riavvicina la disciplina processuale del rito speciale in materia di appalti a quella prevista per il rito abbreviato. Difatti, il legislatore delegato nel trasfondere le vecchie regole *ex art.* 245 d.lgs. n. 163 del 2006 nel c.p.a. riduce i tratti “eccentrici” del rito speciale, al fine di renderlo maggiormente compatibile con l'art. 119 c.p.a., pur restando inalterati alcuni elementi di differenziazione. Pertanto, il rito in materia di appalti pubblici rientra nella categoria dei riti abbreviati, ma, rispetto a quest'ultimi, si pone come speciale, in quanto è soggetto a regole diverse, ulteriormente accelerate, soprattutto per quanto concerne i termini processuali, nonostante le opportune modifiche apportate per renderlo il più possibile assimilabile al rito abbreviato *ex art.* 119 c.p.a. Cfr. sul punto F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, *op. cit.*, 748 ss.

⁴⁰⁸ Cfr. F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, *op. cit.*, 747 ss., spec. nota 55.

⁴⁰⁹ Chiarisce F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, *op. cit.*, 747-748, che le ragioni della specialità del rito appalti, ossia della disciplina parzialmente derogatoria di quella dettata per il rito abbreviato comune, risiedono nelle “specifiche ed ulteriori” esigenze che vengono in rilievo nelle controversie in materia di appalti pubblici, tra cui: “a) un'urgenza per certi versi accentuata anche rispetto a quella riscontrabile per la generalità del rito abbreviato previsto dall'art. 119 c.p.a.; b) un rafforzamento della tutela processuale del concorrente illegittimamente escluso o pretermesso, anche in coerenza con il rilievo sostanziale riconosciuto alla concorrenza rispetto ai contratti dell'Amministrazione; c) una tutela necessariamente effettiva, che impone di assicurare una stretta coerenza fra la disciplina del processo e la successiva attività dell'Amministrazione”.

il vecchio art. 245 d.lgs. cit.⁴¹⁰, rispetto all'art. 23-bis L. Tar; d'altro canto, non riduce completamente le differenze di disciplina che continuano a sussistere tra gli artt. 119 e 120 c.p.a.⁴¹¹ Quanto affermato è deducibile dal combinato disposto della clausola di salvezza contenuta all'art. 119, co. 1, lett. a), c.p.a. e della rubrica dell'art. 120 c.p.a.

Difatti, dalla lettura congiunta delle due disposizioni si evince che anche alle controversie relative alle procedure di affidamento in materia di appalti pubblici si applicano le regole dettate dall'art. 119 c.p.a., “salvo quanto previsto dagli articoli 120 e seguenti” e, a completamento di tale disciplina, l'art. 120 c.p.a. è rubricato “*Disposizioni specifiche ai giudizi di cui all'art. 119, co. 1, lett. a)*”. Ciò significa che le regole processuali stabilite dall'art. 120 c.p.a. non sono completamente omologate ed assimilate a quelle previste per il rito abbreviato comune, ma conservano la propria specialità.

In altri termini, il rito *ex art.* 120 c.p.a. si pone come speciale⁴¹² rispetto a quello abbreviato comune alle materie elencate nell'art. 119 c.p.a., determinando una deroga non solo al rito ordinario generale, ma anche allo stesso rito abbreviato *ex art.* 119 c.p.a.⁴¹³. Dunque, alle controversie in materia di appalti pubblici si applica in prima battuta il rito speciale *ex art.* 120 c.p.a., per quanto non espressamente previsto dagli artt. 120 e ss. trova applicazione il processo abbreviato *ex art.* 119 c.p.a. e, solo in via residuale, opera il rito ordinario⁴¹⁴.

⁴¹⁰ Come novellato dall'art. 8 d.lgs. n. 53 del 2010.

⁴¹¹ In altri termini, l'assimilazione della disciplina dei due riti riduce le peculiarità che contraddistinguevano il rito *ex art.* 245 d.lgs. cit. e che lo allontanavano completamente dal modello processuale previsto all'art. 23-bis L. Tar, ma non elimina totalmente i profili di specialità che continuano a connotare il rito speciale *ex art.* 120 c.p.a.

⁴¹² Per una disamina del rito speciale appalti cfr. N. PAOLANTONIO, *Il rito accelerato*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2014, 505 ss.

⁴¹³ Cfr. sul punto M. CONZUTTI, *Il rito speciale ex 119 e 120 cpa, applicabile anche alle concessioni*, in www.italiappalti.it

⁴¹⁴ Il c.p.a. prevede “una disciplina a «doppia specialità»: per quanto non espressamente previsto dagli articoli 120 e seguenti, al processo si applicano tutte le regole dell'art. 119 c.p.a. e, solo in via residuale, opera il rito ordinario”. Così, testualmente, F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, *op. cit.*, 748, il quale aggiunge che il rinvio contenuto all'art. 120, co. 3, c.p.a., secondo cui: “salvo quanto previsto dal presente articolo e dai successivi, si applica l'art. 119 c.p.a.” appare pleonastico, dal momento che ribadisce quanto già stabilito dall'art. 119, co. 1, lett. a), c.p.a., vale a dire che le regole da esso previste si applicano anche per le procedure di affidamento, salvo quanto previsto dall'art. 120 c.p.a. Dunque, si limita a ribadire il rapporto di specialità che lega la disciplina dettata, rispettivamente, agli artt. 119 e 120 c.p.a. Cfr., inoltre, in argomento D. GALLI, *Il recepimento della direttiva ricorsi tra nuovi e vecchi problemi*, *op. cit.*, 907 ss., il quale chiarisce che l'art. 119 c.p.a. trova applicazione nei soli limiti in cui non venga derogato dall'art. 120 c.p.a. Dunque, l'art. 119 c.p.a. rappresenta un rito “a specialità limitata per una serie di materie, tra cui gli appalti, che trova tuttavia un'applicazione residuale nella limitata misura in cui non sia, a sua volta, derogata dalla disciplina caratterizzata da un livello ulteriore di specialità, contenuta negli artt. 120 e ss. del d.lgs. n. 104/2010”.

2. L'ambito di applicazione dell'art. 120 c.p.a.

L'art. 120, co. 1, c.p.a. prevede un ambito di applicazione molto ampio che comprende tutti gli atti delle procedure di affidamento⁴¹⁵, “nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità nazionale anticorruzione ad essi riferiti”⁴¹⁶.

A differenza dell'art. 245 d.lgs. n. 163 del 2006, così come modificato dall'art. 8 d.lgs. n. 53 del 2010, che definiva il proprio ambito applicativo attraverso un rinvio all'art. 244 d.lgs. n. 163 del 2006⁴¹⁷; l'art. 120, co. 1, c.p.a. non contiene più il rinvio al suddetto art. 244, oggi trasfuso nell'art. 133, co. 1, lett. e), n. 1, c.p.a.⁴¹⁸

Se la *ratio* del rinvio risiedeva nell'intenzione del legislatore di far coincidere l'ambito di applicazione del rito speciale con quello della giurisdizione esclusiva, nel senso che a tutte le controversie sulle procedure di affidamento assoggettate *ex art. 244 d.lgs. cit.*⁴¹⁹ alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo fosse applicabile il rito speciale⁴²⁰; l'espunzione del richiamo,

⁴¹⁵ Dunque, il rito speciale si applica non solo ai provvedimenti di aggiudicazione, ma anche a tutti gli atti endoprocedimentali immediatamente lesivi, *ergo* autonomamente impugnabili, tra cui i bandi e le esclusioni. Cfr. sul punto R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, *op. cit.*

⁴¹⁶ Nell'originaria formulazione dell'art. 120, co. 1, c.p.a. si leggeva “nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici”. A seguito dell'introduzione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ossia il nuovo Codice dei contratti pubblici di cui si parlerà ampiamente nel Capitolo successivo, l'art. 204 d.lgs. n. 50 del 2016 modifica il comma 1 dell'art. 120 c.p.a. sostituendo la summenzionata locuzione con la seguente “nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità nazionale anticorruzione ad essi riferiti”. Tale modifica è stata ritenuta necessaria dal momento che con il D.L. n. 90 del 2014, convertito nella L. n. 114 del 2014, è stata soppressa la vecchia AVPC e le sue competenze in tema di vigilanza dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono state trasferite all'ANAC (Autorità nazionale anticorruzione). Per maggiori dettagli sui poteri attualmente attribuiti all'ANAC, soprattutto a seguito delle innovazioni introdotte con il d.lgs. n. 50 del 2016, cfr. per tutti V. FANTI, *Organi di governance (artt. 212-215)*, in *Corso sul Codice dei contratti pubblici (aggiornato con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56)*, a cura di E. FOLLIERI, Napoli, 2017, 47 ss.

⁴¹⁷ Difatti, l'art. 245, co. 1, d.lgs. n. 163 del 2006, così come modificato dall'art. 8 d.lgs. n. 53 del 2010, disponeva: “Gli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a lavori, servizi o forniture, *di cui all'art. 244*, nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità, sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente”.

⁴¹⁸ Rubricato “*materie di giurisdizione esclusiva*”.

⁴¹⁹ L'art. 244 d.lgs. n. 163 del 2006 delineava l'ambito di applicazione della cognizione del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento. Dunque, se l'art. 245 d.lgs. cit. rinviava al precedente art. 244 per indicare quali atti rientrassero nell'ambito applicativo del rito speciale, ne conseguiva che a tutti gli atti assoggettati alla giurisdizione esclusiva del g.a. dovesse applicarsi il rito speciale. Si ricordi che l'art. 244 d.lgs. cit. demandava alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo “tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale”. E l'ultimo comma, aggiunto dall'art. 7 d.lgs. n. 53 del 2010, stabiliva ulteriormente che “La giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative”. Per il commento a quest'ultimo comma si rinvia al prosieguo della presente trattazione, allorché si tratterà della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *in subiecta materia*.

⁴²⁰ Cfr. in argomento R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, *op. cit.*, la quale specifica che il rinvio all'art. 244 d.lgs. cit. comporta che il rito speciale trovi applicazione per tutte le procedure di affidamento contemplate dal citato art. 244, “ivi comprese quelle per la scelta del socio”, menzionate nell'art. 244, ma non nel successivo art. 245 d.lgs. cit. Stessa differenza permane tra l'art. 120, co. 1, c.p.a. e l'art. 133, co. 1, lett. e), n. 1, c.p.a.

nell'art. 120, co. 1, c.p.a., all'equivalente dell'art. 244, ossia all'art. 133, co. 1, lett. e), n. 1, c.p.a., ha fatto sorgere dubbi sulla perfetta coincidenza dell'ambito operativo delle due disposizioni⁴²¹.

Difatti, il mancato rinvio al citato art. 133 c.p.a. sembrerebbe sintomatico del diverso raggio d'azione che ha oggi l'art. 120 c.p.a. rispetto al suo antecedente storico, nel senso che l'art. 120 cit. trova applicazione solo per gli atti indicati al comma 1, ma non si applica a tutte le controversie in materia di appalti pubblici soggette alla giurisdizione esclusiva del g.a. ex art. 133, co. 1, lett. e), n. 1, c.p.a.⁴²²

Tuttavia, gran parte della dottrina appare unanime nel ritenere che se quanto appena accennato è verosimile sul piano formale, in via esegetica si deve concludere che l'art. 120, co. 1, c.p.a. conserva lo stesso raggio d'azione dell'art. 245 d.lgs. cit. e, pertanto, sussiste ancora una perfetta coincidenza tra ambito applicativo della giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento e ambito operativo del rito speciale⁴²³. Difatti, se il richiamo dell'art. 245 d.lgs. cit. al precedente art.

⁴²¹ Che non vi sia una perfetta coincidenza tra l'ambito operativo del rito speciale e della giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento è desumibile dalla lettura congiunta degli artt. 119, 120 e 133 c.p.a. Più nello specifico, mentre gli artt. 120, co. 1, e 119, co. 1, lett. a), c.p.a., individuano le procedure di affidamento mediante criteri oggettivi - difatti menzionano, rispettivamente, "gli atti delle procedure di affidamento..." o, in maniera ancora più generica "i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento" - l'art. 133, co. 1, lett. e), n. 1, c.p.a. utilizza anche un criterio soggettivo "ancorato al soggetto tenuto al rispetto di procedure ad evidenza pubblica". Pertanto, "non vi è perfetta coincidenza tra le materie oggetto del rito speciale e le materie oggetto della giurisdizione esclusiva". Cfr. sul punto R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, op. cit.

⁴²² Rileva M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, op. cit., che l'art. 120 c.p.a. non contenendo più il rinvio all'art. 133 cit., "presenta, sul piano formale, un raggio d'azione diverso da quello dell'art. 245 del codice dei contratti pubblici: più ampio, nella parte in cui fa riferimento alle procedure contrattuali, senza enunciare il nesso con la normativa di evidenza pubblica". In realtà, il mancato riferimento alle procedure ad evidenza pubblica non dà adito a rilevanti problemi interpretativi, dal momento che, come osserva R. POLITI, *Il contenzioso in materia di appalti: dal recepimento della Direttiva ricorsi al Codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, "laddove difetti una disciplina di scelta e/o selezione del contraente di carattere pubblicistico, viene meno, *in nuce*, la stessa giurisdizione amministrativa, risolvendosi la relativa attività in un quadro interamente civilistico insensibile a problematiche di ripartizione giurisdizionale". Continua Lipari affermando che il raggio d'azione dell'art. 120, co. 1, c.p.a., rispetto all'art. 245 d.lgs. cit., risulta essere "più ristretto, nella parte in cui non contempla il riferimento alle controversie riguardanti la scelta del socio" e nella parte in cui "non considera espressamente le controversie risarcitorie, nonché quelle riguardanti l'inefficacia del contratto e l'applicazione di sanzioni alternative". Difatti, si può notare la differenza tra l'ambito di applicazione dell'art. 120, co. 1, c.p.a. e l'attuale art. 133, comma 1, lettera e), numero 1), c.p.a. che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge, le controversie: "1) relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative".

⁴²³ Sono di questo avviso R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, op. cit.; F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, op. cit., 749-750; R. POLITI, *Il contenzioso in materia di appalti: dal recepimento della Direttiva ricorsi al Codice del processo amministrativo*, op. cit.; M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, op. cit., il quale, se da un lato si allinea alla dottrina citata, secondo cui il mancato richiamo all'attuale art. 133 cit. rappresenta una mera omissione formale che non implica che l'ambito applicativo dell'art. 120, co. 1, c.p.a. non coincida con quello della giurisdizione esclusiva in materia di appalti; dall'altro, non nasconde la difficoltà nel comprendere "le vere ragioni di queste differenze formali, in un settore in cui, per ovvie ragioni di chiarezza, sarebbe quanto mai opportuno inserire elementi innovativi di disciplina solo se accuratamente ponderati". Tuttavia, l'Autore prova a fornire una spiegazione di tale omissione formale - presente non solo nell'art. 120, co. 1, c.p.a., ma anche

244, “lungi dall’ampliare i confini della nuova disciplina”⁴²⁴, aveva lo scopo di limitare l’applicazione del rito speciale alle controversie sugli atti soggetti alla giurisdizione esclusiva del g.a., a seguito dell’opera di sistematizzazione compiuta dal c.p.a. una simile precisazione sarebbe stata inutile⁴²⁵, in quanto la devoluzione delle controversie in materia di appalti pubblici alla giurisdizione esclusiva del g.a. si dà per presupposta⁴²⁶.

2.1. (Segue) L’impugnazione degli atti delle procedure di affidamento unicamente in sede giurisdizionale: l’impraticabilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

L’art. 245 d.lgs. n. 163 del 2006 nella sua originaria formulazione prevedeva la possibilità di impugnare gli atti delle procedure di affidamento non solo mediante ricorso giurisdizionale al Tar competente, ma anche con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica⁴²⁷. Al contrario, l’art. 8 d.lgs. n. 53 del 2010 innova l’art. 245 d.lgs. cit., disponendo che gli atti *de quibus* “sono impugnabili *unicamente* mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente”. Tale versione è stata trasposta, senza modifiche, nell’art. 120, co. 1, c.p.a.

nell’art. 119, co. 1, lett. a), c.p.a., che contempla solo le “controversie in materia di provvedimenti concernenti le procedure di affidamento...”, ma non contiene il rinvio all’art. 244 d.lgs. cit., oggi art. 133 cit., - affermando che forse “la diversa dislocazione delle norme sulle controversie in materia di contratti, riguardanti, rispettivamente, la giurisdizione e il rito, insieme alle complicazioni derivanti dall’entrata in vigore del decreto legislativo n. 53/2010, hanno determinato qualche difficoltà di conservare una piena continuità rispetto alle precedenti dizioni normative”. A ciò si aggiunga che la riformulazione degli artt. 119 e 120 c.p.a., “nonché delle connesse disposizioni sulla giurisdizione e delle norme di coordinamento non è stata effettuata dalla commissione speciale ma è stata completata, in tempi rapidissimi, dai competenti uffici legislativi ministeriali e della Presidenza del Consiglio”. Tuttavia, tra le varie soluzioni interpretative, a parere dell’Autore, bisogna privilegiare quella che ritiene coincidente l’ambito di applicazione del rito speciale con quello della giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento.

⁴²⁴ F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, op. cit., 750.

⁴²⁵ Difatti, come chiarito, il legislatore con il c.p.a. voleva creare un unico modello di tutela dinanzi al giudice amministrativo, maggiormente compatto e coerente. Pertanto, per realizzare tale obiettivo, le specifiche norme prima applicabili solo a determinati riti (ed è quanto accaduto, come vedremo, in tema di competenza), sono state, poi, assorbite dalle disposizioni che disciplinano l’istituto in via generale per tutte le tipologie di processo. In maniera analoga, si è proceduto ad una sistematizzazione anche per le controversie assoggettate alla giurisdizione esclusiva del g.a., che sono oggi tutte elencate all’art. 133 c.p.a. Dunque, se la giurisdizione esclusiva in materia di contratti pubblici si dà per presupposta, non c’era necessità che l’art. 120, co. 1, c.p.a. contenesse il rinvio al citato art. 133. Deve dunque concludersi per la coincidenza tra i due ambiti applicativi. In senso parzialmente diverso si esprime sul punto M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, op. cit. Per maggiori dettagli sulle criticità rilevate dall’Autore cfr. la nota precedente.

⁴²⁶ Cfr. sul punto M.A. SANDULLI, *Le principali novità nel rito speciale in materia di appalti pubblici*, in www-astrid-online.it; F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, op. cit., 750.

⁴²⁷ Per maggiori dettagli sull’istituto del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e, soprattutto, sulla discussa natura giuridica dello stesso cfr., tra i molti contributi dottrinali, A. AULETTA, *Giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: una partita chiusa?*, in www.giustamm.it; C. BENETAZZO, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica da rimedio amministrativo a strumento “alternativo” al ricorso giurisdizionale*, in www.giustamm.it; S. PIGNATARO, *Riflessioni sulla natura del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in www.federalismi.it; F.G. SCOCA, *La Corte costituzionale e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Giur. cost.*, 2014, 1476 ss.; G. URBANO, *L’ambivalenza ontologica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *I principi vincolanti dell’adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, a cura di E. FOLLIERI – A. BARONE, San Giuliano Milanese (MI), 2015, 411 ss.

Pertanto, gran parte della dottrina⁴²⁸ ha desunto l'impraticabilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica dall'utilizzo dell'avverbio "unicamente".

Secondo alcuni Autori⁴²⁹ la scelta di limitare gli strumenti di tutela in materia di appalti pubblici al solo ricorso giurisdizionale discende, indirettamente, dalla lettura congiunta della direttiva 2007/66/CE e dell'art. 44 della legge delega n. 88 del 2009.

Difatti, la direttiva lasciava liberi gli Stati membri di prevedere o ricorsi giurisdizionali o ricorsi amministrativi, purché fossero rapidi ed efficaci⁴³⁰ e ad entrambi si riconnettesse, in caso di loro proposizione, l'effetto sospensivo automatico (il c.d. *standstill period* processuale).

Tuttavia, l'art. 44 L. n. 88 del 2009 ha disciplinato solo il ricorso giurisdizionale e solo ad esso ha connesso, a seguito della sua proposizione, lo *standstill period* processuale. Da ciò dovrebbe desumersi l'impraticabilità del rimedio amministrativo, in quanto la legge delega se avesse voluto consentirlo avrebbe dovuto prevederlo espressamente e, soprattutto, collegare al rimedio medesimo l'effetto sospensivo automatico, pena l'incompatibilità comunitaria per contrasto con la direttiva⁴³¹. Pertanto il d.lgs. n. 53 del 2010 ha interpretato in maniera corretta la volontà del legislatore delegante di escludere il ricorso straordinario dagli strumenti di tutela in materia di appalti pubblici, aggiungendo all'art. 245 d.lgs. cit. l'avverbio "unicamente".

Inoltre, il termine di proposizione del ricorso straordinario, fissato in centoventi giorni, mal si concilia con il termine di trenta giorni per proporre ricorso giurisdizionale. Difatti, decorso il breve termine di trenta giorni per proporre il ricorso principale, il ricorrente potrebbe esperire il ricorso straordinario, tuttavia senza che ad esso si colleghi l'effetto sospensivo automatico, non essendo previsto dalla legge delega. Quanto appena detto rappresenta un'ulteriore conferma dell'impraticabilità del rimedio amministrativo *in subiecta materia*.

⁴²⁸ Cfr. per tutti R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, op. cit. Esprime, invece, perplessità riguardo a tale interpretazione della norma M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, op. cit., il cui ragionamento sarà esposto nel prosieguo del presente paragrafo.

⁴²⁹ Cfr. ancora R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, op. cit.

⁴³⁰ Dunque, purché entrambi rispettino i principi di celerità e di effettività della tutela.

⁴³¹ È infatti evidente che se la direttiva prescriveva che alla proposizione del rimedio amministrativo o giurisdizionale si connessesse l'effetto sospensivo automatico, qualora la legge delega non solo non disciplini il rimedio amministrativo, ma soprattutto non colleghi allo stesso lo *standstill period* processuale, deve concludersi per l'impraticabilità *in subiecta materia* del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Dunque, la legge delega avrebbe dovuto non solo prevederlo, ma riconnettere alla proposizione del rimedio l'effetto sospensivo automatico, come stabilito dal legislatore comunitario. Al contrario, la mera previsione dello stesso, senza rispettare quanto statuito dalla direttiva, avrebbe causato l'incompatibilità comunitaria della legge delega per contrasto con la direttiva medesima. Tale conclusione è necessitata dal fatto che non solo manca una legge delega che adegui il rimedio amministrativo ai dettami della direttiva, ma lo stesso ricorso straordinario al Presidente della Repubblica non è conforme a quanto stabilito dalla direttiva ricorsi, poiché esso attualmente non è congegnato in modo da far scattare lo *standstill period* processuale a seguito della sua proposizione. Cfr. più ampiamente sul punto R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, op. cit.

Inoltre, vale la pena considerare quanto sostenuto dal Consiglio di Stato nel parere del 01 febbraio 2010, n. 368⁴³², secondo cui il termine di centoventi giorni di proposizione del ricorso straordinario è incompatibile con tutti quei riti connotati da particolari esigenze di celerità, dal momento che l'allungamento dei tempi che comporta l'esperimento del suddetto rimedio amministrativo, *a fortiori* se si considera l'eventuale istanza di trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale⁴³³, frustrerebbe la *ratio* acceleratoria che contraddistingue i processi in parola⁴³⁴. Aggiunge sul punto il Consiglio di Stato, in sede consultiva, che la considerazione secondo cui in passato aveva ritenuto compatibile la specialità del rito abbreviato *ex art. 23-bis* L. Tar, con il ricorso straordinario non vale a mettere in discussione la scelta del legislatore delegato di impugnare gli atti delle procedure di affidamento esclusivamente con ricorso giurisdizionale. Difatti, il paragone con l'antica norma non regge, in quanto il rito introdotto dal d.lgs. n. 53 del 2010 presenta elementi di specialità più marcati rispetto all'*art. 23-bis* L. Tar, che si concretizzano non solo nell'abbreviazione dei termini processuali, ma soprattutto nell'attribuzione al giudice amministrativo di poteri incisivi in ordine "alla sorte del contratto e all'eventuale applicazione di

⁴³² Si tratta del parere reso sullo schema del d.lgs. n. 53 del 2010, recante attuazione della direttiva 2007/66/CE, dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato il 25 gennaio 2010 e pubblicato il 1° febbraio 2010.

⁴³³ Osservano A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, op. cit., 644, che l'esigenza di assicurare la definizione della lite in tempi rapidi sarebbe incompatibile "con la possibilità per l'interessato di attivare un contenzioso dopo centoventi giorni dall'emanazione dei provvedimenti impugnati, con ulteriore allungamento dei tempi nell'ipotesi di istanza di trasposizione proposta dall'amministrazione appaltante o dai controinteressati".

⁴³⁴ È utile riportare, testualmente, quanto sostenuto sul punto da Cons. Stato, comm. spec., 1 febbraio 2010, n. 368, secondo cui "la scelta di escludere il ricorso straordinario sia (è) coerente con l'accentuata specialità che connota il nuovo rito in materia di appalti. Come il Consiglio di Stato ha in più occasioni rilevato, infatti, l'ammissibilità del ricorso straordinario deve escludersi in tutti quei casi in cui il giudice amministrativo (o anche quello ordinario) sia destinatario, in certe materie, di norme processuali speciali volte ad una più rapida definizione del contenzioso, tali da dare la stura a competenze da taluni reputate "funzionali", ossia non suscettibili di alternative che ne frusterebbero la *ratio* di accelerazione (specie se si considera il più lungo termine per la proposizione del ricorso straordinario). In questi casi, la giurisdizione del giudice amministrativo si reputa assoluta e quindi tale da non ammettere alternative". In altri termini, il Consiglio di Stato, in sede consultiva, condivide la scelta operata dal legislatore delegato di eliminare il ricorso straordinario, in quanto rimedio incompatibile con le esigenze di particolare celerità che contraddistinguono determinati riti, tra cui quello in materia di appalti pubblici. Per corroborare la tesi dell'incompatibilità tra riti speciali e ricorso straordinario, il Consiglio di Stato fa riferimento alla giurisprudenza amministrativa che in materia di accesso ai documenti amministrativi ha escluso la praticabilità del ricorso straordinario "proprio valorizzando la specialità del rito". Difatti, si è ritenuto che il processo speciale disciplinato all'*art. 25* L. n. 241 del 1990 (oggi all'*art. 116* c.p.a.) "è (sia) caratterizzato da criteri di urgenza e celerità incompatibili con il lungo termine previsto per la proposizione del ricorso straordinario". Allo stesso modo, il ricorso straordinario risulta incompatibile con il contenuto di un'eventuale pronuncia di accoglimento del ricorso in materia di accesso con cui il g.a. condanna l'amministrazione ad un *facere* specifico (ad esempio ordina di esibire i documenti richiesti e negati in sede procedimentale). Si legge, infatti, in Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2009, n. 1670, con nota di A.L. TARASCO, *Alternatività tra ricorso straordinario e riti speciali: un parere restrittivo del Consiglio di Stato*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 2411 ss., che il potere del g.a. di condannare (ordinare) la p.a. ad un "*facere* consistente nell'esibizione degli atti" è incompatibile con il ricorso straordinario che consente solo l'eliminazione dell'atto e non la condanna dell'amministrazione ad un *facere* specifico. In altri termini, è compatibile solo con i giudizi impugnatori e, dunque, con l'adozione di sentenze costitutive di annullamento e non con le sentenze di condanna, o comunque con l'esercizio di poteri più incisivi del giudice che vadano al di là della mera pronuncia caducatoria.

sanzioni alternative, che vanno ben al di là della pronuncia meramente caducatoria che caratterizza invece il rito descritto dall'art. 23-bis⁴³⁵.

Tuttavia, se tale soluzione normativa ha ricevuto il *placet* del Consiglio di Stato e della maggior parte della dottrina, non manca tra i commentatori⁴³⁶ chi continua ad avere dubbi sulla corretta interpretazione dell'attuale formulazione dell'art. 120, co. 1, c.p.a., in assenza di una legge delega che escluda espressamente il rimedio amministrativo dall'ambito di applicazione della norma.

Tale Autore afferma che il ricorso straordinario è incompatibile con tutti quei riti caratterizzati dalla nota della "esclusività"⁴³⁷. Dunque, "anche in assenza di apposita norma di delega, la soppressione del ricorso straordinario dipende, sistematicamente, dalla circostanza che il nuovo rito possiede tutti i connotati della 'incompatibilità' con tale strumento"⁴³⁸.

Tuttavia, se tale ragionamento, che porta all'esclusione del rimedio amministrativo per l'impugnazione degli atti *de quibus*, appare astrattamente praticabile per il rito disciplinato dal d.lgs. n. 53 del 2010⁴³⁹, caratterizzato dai connotati dell'autonomia ed eccezionalità, non sembra potersi affermare lo stesso per il rito speciale *ex art. 120 c.p.a.* Difatti, come spiegato in precedenza, il passaggio della disciplina del processo in materia di appalti pubblici dal d.lgs. n. 53 del 2010 al c.p.a. fa perdere molte delle caratteristiche che lo rendevano eccentrico e poco rispondente all'intero impianto del codice del processo amministrativo, riducendosi le peculiarità che lo differenziavano enormemente sia dal processo ordinario, che dal rito abbreviato poi trasfuso nell'art. 119 c.p.a.⁴⁴⁰

⁴³⁵ Cons. Stato, comm. spec., 1 febbraio 2010, n. 368, il quale sul punto aggiunge che a nulla varrebbe obiettare che tale soluzione impedirebbe all'impresa illegittimamente pretermessa di "agire in sede di ricorso straordinario per ottenere una tutela solo risarcitoria. Al riguardo, infatti, deve rilevarsi che secondo l'indirizzo prevalente la struttura impugnatoria del rimedio giustiziale esclude la possibilità di avanzare in tale sede domande risarcitorie. In ogni caso, anche aderendo all'indirizzo, allo stato minoritario, secondo cui l'azione risarcitoria è ammissibile anche in sede di ricorso straordinario, deve rilevarsi che il testo del decreto delegato non esclude di per sé tale possibilità: l'art. 8, infatti, testualmente riserva al binario giurisdizionale i soli ricorsi volti all'impugnazione degli atti di gara, lasciando quindi aperta la questione dell'ammissibilità in sede di ricorso straordinario di una domanda risarcitoria in materia di appalti".

⁴³⁶ M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, *op. cit.*

⁴³⁷ A parere di M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, *op. cit.*, "la giustificazione sistematica più plausibile" della soluzione interpretativa dell'art. 120, co. 1, c.p.a. accettata dalla maggior parte dei commentatori "consiste nell'affermazione secondo cui quando un determinato rito speciale è caratterizzato dalla nota della "esclusività", il ricorso straordinario non può" trovare applicazione.

⁴³⁸ M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, *op. cit.*

⁴³⁹ Che ha comportato una profonda riscrittura di quasi tutte le regole processuali in materia di appalti pubblici.

⁴⁴⁰ Osserva infatti M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, *op. cit.*, che nell'art. 120 c.p.a. "scompaiono moltissime delle minuziose regole sulla competenza, sui termini, sul giudizio cautelare e su numerosi altri aspetti del processo". In altre parole, le peculiarità del rito descritto dall'art. 120 c.p.a. rispetto al rito ordinario generale e al processo abbreviato *ex art. 119 c.p.a.*, sono davvero ridotte ai minimi termini.

In definitiva, anche se gli elementi di specificità che ancora connotano il rito *ex art.* 120 e ss. c.p.a., valutati nel complesso, “sono ancora idonei a determinare l’esclusività del rito”⁴⁴¹, si tratta di una tesi che si basa su meno argomenti rispetto a quelli che potevano esporsi sotto la vigenza del d.lgs. n. 53 del 2010.

Tuttavia, aggiunge l’Autore, poiché non può revocarsi in dubbio che la praticabilità del ricorso straordinario nel settore dei contratti pubblici possa causare difficoltà applicative concrete⁴⁴², sarebbe ragionevole condividere l’indirizzo che conclude per l’inammissibilità del ricorso straordinario *in subiecta materia*. Pertanto, giunti a questo punto, onde evitare contrasti e difficoltà interpretative, sarebbe più coerente a livello sistematico se si escludesse la proposizione del ricorso straordinario per tutte le materie elencate all’art. 119 c.p.a. o soggette a riti speciali⁴⁴³.

3. La competenza territoriale inderogabile dal d.lgs. n. 53 del 2010 al codice del processo amministrativo.

L’opera di revisione e razionalizzazione perseguita con il c.p.a. si evince, ad esempio, anche dalla disciplina sulla competenza. Difatti, proprio per realizzare un unico modello di tutela dinanzi al giudice amministrativo, le disposizioni sulla competenza, dettate specificatamente per il processo appalti sotto la vigenza del d.lgs. n. 53 del 2010⁴⁴⁴, nel passaggio al c.p.a. non vengono trasfuse negli artt. 120 e ss. c.p.a., ma previste, in via generale, agli artt. 13 ss. c.p.a.

In altri termini, seguendo un disegno unitario, le disposizioni sulla competenza sono dettate, in via generale, agli artt. 13 e ss. c.p.a. e sono, dunque, applicabili anche al rito in materia di appalti pubblici, senza che sia stato necessario prevedere una disposizione specifica⁴⁴⁵. In tal modo si

⁴⁴¹ M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, *op. cit.*, il quale afferma “forse, gli indicati elementi di specialità possono considerarsi, valutati nel loro complesso, ancora idonei a determinare l’esclusività del rito; ma la tesi sembra piuttosto indebolita rispetto agli argomenti spendibili nel quadro derivante dal decreto n. 53/2010”.

⁴⁴² Difatti, mentre l’art. 23-bis L. Tar prevedeva un processo essenzialmente impugnatorio, il rito descritto dal d.lgs. n. 53 del 2010 si arricchisce di poteri esercitabili dal g.a. particolarmente incisivi, incompatibili con il ricorso straordinario. Dunque, se si volesse, in astratto, ammettere la praticabilità del rimedio amministrativo *in subiecta materia*, sarebbe necessario regolamentare e coordinare il ricorso straordinario con l’effetto sospensivo automatico “e la relativa disciplina della fase cautelare”. Occorrerebbe, inoltre, stabilire “se e come, in sede straordinaria, possa essere pronunciata l’inefficacia del contratto, applicate le sanzioni alternative, disposto il risarcimento del danno”. Data l’oggettiva difficoltà di prevedere la proponibilità del ricorso straordinario nella materia degli appalti pubblici, sarebbe ragionevole seguire l’impostazione “voluta dal decreto n. 53/2010 e confermata dal codice, superando i sospetti di eccesso di delega, che, in linea astratta e formale, potrebbero sospettarsi”. Aggiunge l’Autore che, a suo parere, l’ipotesi interpretativa più convincente “è che vi sia un’alternativa secca: il ricorso straordinario deve considerarsi escluso in ognuna delle ipotesi di riti speciali (quanto meno in quello comune dell’art. 119), oppure deve essere ammesso in tutti i casi in cui, pur essendovi una regolamentazione speciale del rito, non vi siano indici univoci di incompatibilità”. Dunque, se per ragioni di opportunità si vuole seguire la prima alternativa esposta, allora, in via sistematica, “si potrebbe seriamente dubitare se, a questo punto, non sia più coerente affermare l’inammissibilità del ricorso straordinario in tutte le materie contemplate dall’art. 119 o soggette a riti speciali”.

⁴⁴³ V. *sub* nota precedente.

⁴⁴⁴ Si tratta dell’art. 245, co. 2-*quater*, d.lgs. n. 163 del 2006, così come modificato dall’art. 8 d.lgs. n. 53 del 2010.

⁴⁴⁵ Si ricordi che molte regole, prima applicabili solo al rito appalti, a seguito dell’opera di razionalizzazione e di omogeneizzazione delle disposizioni dettate per specifici settori con la *ratio* dell’intero *corpus* normativo del d.lgs. n.

avvicina la disciplina prevista per il rito *de quo* a quella stabilita, in generale, per il modello processuale ordinario, per evitare che il processo in materia di appalti pubblici sia concepito come un modello processuale differenziato⁴⁴⁶ con regole proprie e diverse dagli altri schemi processuali. Anche se negli artt. 120 e ss. c.p.a. continuano a sussistere disposizioni peculiari per cui il processo *de quo* merita ancora di essere definito “speciale”, tuttavia nel “trasloco” dal Codice dei contratti pubblici al c.p.a. si è cercato di ridurre al minimo le differenze rispetto al rito ordinario, nonché a quello abbreviato, eliminando quanto più possibile le minuziose regole dapprima dettate solo per il rito appalti⁴⁴⁷.

Dunque, il d.lgs. n. 53 del 2010 supera il noto principio della derogabilità della competenza territoriale del Tar, previsto all’art. 31, co. 1, L. Tar⁴⁴⁸, aggiungendo all’art. 245 d.lgs. n. 163 del 2006 il comma 2-*quater*, secondo cui “La competenza territoriale del tribunale amministrativo regionale è inderogabile e il relativo difetto è rilevato, anche d’ufficio, prima di ogni altra questione, e pronunciato, con ordinanza in sede di primo esame della domanda cautelare ovvero, in mancanza di questa, nella prima udienza di merito”.

In altri termini, per il rito in materia di appalti pubblici vige il principio dell’inderogabilità della competenza territoriale del Tar, ed il relativo difetto di competenza è rilevabile d’ufficio e precede l’esame di ogni altra questione.

L’art. 120 c.p.a. non menziona un’analogha disposizione sulla competenza, in quanto l’inderogabilità della competenza territoriale del Tar è oggi prevista in via generale all’art. 13 c.p.a.⁴⁴⁹, che, pertanto, trova applicazione anche per il contenzioso in materia di appalti pubblici.

104 del 2010, sono ora disciplinate in via generale e trovano, dunque, anche applicazione per il rito appalti. Un esempio per tutti è costituito proprio dalla disposizione sull’inderogabilità della competenza territoriale dei Tar, prima contenuta all’art. 245, co. 2-*quater*, d.lgs. n. 163 del 2006, ora prevista a livello generale agli artt. 13 ss. c.p.a. e, dunque, applicabile anche al rito appalti, senza che sia stato necessario prevedere una disposizione specifica. Cfr. F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, op. cit., 752 ss.

⁴⁴⁶ Nel prosieguo si parlerà più ampiamente delle caratteristiche che deve avere un processo per essere definito modello processuale differenziato. Per il momento si rinvia sul punto a A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, op. cit., 423 ss.

⁴⁴⁷ Si tratta di disposizioni ora previste dal c.p.a. in via generale ed applicabili anche al rito in materia di appalti pubblici. Questo cambiamento ha l’effetto di assimilare il più possibile il processo appalti all’impianto complessivo della giustizia amministrativa delineato dal c.p.a., per evitare di essere concepito come un modello processuale differenziato. Cfr. in argomento M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, op. cit., il quale osserva: “non può sfuggire che, ora, nell’art. 120, scompaiono moltissime delle minuziose regole sulla competenza, sui termini, sul giudizio cautelare e su numerosi altri aspetti del processo”.

⁴⁴⁸ L’art. 31, co. 1, L. Tar, stabiliva che la competenza fosse sempre derogabile e il difetto di competenza non era rilevato d’ufficio dal giudice, bensì su eccezione della parte resistente o interveniente.

⁴⁴⁹ Per la disciplina specifica dell’art. 13 c.p.a. cfr. A. POLICE, *La competenza*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2014, 131 ss. E per una completa disamina dell’argomento a seguito dell’introduzione del c.p.a. cfr. *ex multis* R. DAMONTE, *La competenza dei Tribunali amministrativi regionali*, in *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2013, 33 ss.; S.S. SCOCA, *Riflessioni critiche sui criteri di individuazione del giudice competente nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1107 ss.

Dunque, si tratta di una grande novità per il processo amministrativo, in quanto la regola dell'inderogabilità della competenza per territorio, prevista dal d.lgs. n. 53 del 2010 solo per il rito appalti, viene estesa all'intero processo amministrativo⁴⁵⁰, confermandosi il ruolo di "rito-pilota"⁴⁵¹ svolto dal processo appalti in relazione ad importanti istituti processuali⁴⁵². Ad un tale cambiamento di disciplina si riconnette la previsione della rilevabilità d'ufficio del difetto di competenza, oggi previsto all'art. 15, co. 1, c.p.a.⁴⁵³.

Altra importante innovazione apportata dal d.lgs. n. 53 del 2010 e recepita nel c.p.a. all'art. 15, co. 2, riguarda l'obbligo per il giudice di anteporre la delibazione sulla competenza⁴⁵⁴ "a qualsiasi altra questione"⁴⁵⁵ e, dunque, ad ogni decisione su un'istanza cautelare. In altri termini, si supera il tradizionale orientamento che consentiva al g.a. di pronunciarsi sulla domanda cautelare nonostante l'eventuale difetto di competenza territoriale⁴⁵⁶.

Tale regola, nata in seno al rito in materia di appalti pubblici e poi estesa a tutto il processo amministrativo, ha l'evidente scopo di evitare il fenomeno del c.d. "forum shopping"⁴⁵⁷, ossia della prassi molto diffusa che consentiva alle parti di scegliere arbitrariamente il Tar presso cui proporre l'istanza cautelare, sulla base di ragioni legate alla mera convenienza. Di conseguenza, il Tar adito, anche se fosse stato incompetente, e anche qualora fosse stato presentato regolamento di competenza, avrebbe comunque dovuto pronunciarsi sulla domanda cautelare proposta⁴⁵⁸.

⁴⁵⁰ La regola dell'inderogabilità della competenza, dapprima prevista dal d.lgs. n. 53 del 2010, è stata poi stata trasfusa nell'art. 13 c.p.a., rubricato, appunto, "Competenza territoriale inderogabile".

⁴⁵¹ M.A. SANDULLI, *Le principali novità nel rito speciale in materia di appalti pubblici*, op. cit.

⁴⁵² Avverte M.M. FRACANZANI, *La competenza per territorio, materia e grado del giudice amministrativo. Il regolamento di competenza*, a cura di G. PAOLO CIRILLO, 2017, 218 ss., che lo stimolo che determinò il legislatore a ridisegnare la disciplina della competenza non nacque dalla nuova concezione del processo amministrativo come giudizio sul rapporto, bensì "dall'esigenza di ricondurre il sistema ad unità".

⁴⁵³ Analogamente a quanto stabilito dal d.lgs. n. 53 del 2010 l'art. 15, co. 1, c.p.a., sancisce che "il difetto di competenza è rilevato d'ufficio finché la causa non è decisa in primo grado".

⁴⁵⁴ Che non può essere assolutamente posticipata.

⁴⁵⁵ Come disponeva il vecchio art. 245, co. 2-*quater*, d.lgs. n. 163 del 2006.

⁴⁵⁶ Oggi invece il difetto di competenza è rilevabile d'ufficio e precede la decisione sulla domanda cautelare. Dunque, sulla scia di quanto prima statuito dal d.lgs. n. 53 del 2010 che imponeva al giudice di decidere l'eventuale difetto di competenza "prima di ogni altra questione", l'art. 13, co. 4, c.p.a. chiarisce che la nuova regola sull'inderogabilità si applica "anche in ordine alle misure cautelari", e il successivo art. 15, co. 2, dispone che "in ogni caso il giudice decide sulla competenza prima di provvedere sulla domanda cautelare e, se non riconosce la propria competenza ai sensi degli articoli 13 e 14, non decide sulla stessa". In altri termini, la pronuncia sulla competenza deve precedere qualsiasi sindacato sulla fondatezza della domanda cautelare. Per maggiori dettagli sul punto cfr. A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, op. cit., 644 ss.

⁴⁵⁷ Si tratta di prassi altrimenti definite come turismo cautelare, ovvero come "migrazioni cautelari e di merito" sulle quali si rimanda a G. VIRGA, *La nuova disciplina del regolamento di competenza e il fenomeno delle "migrazioni cautelari"*, in *Giust. Amm.*, 2001, 496 ss.

⁴⁵⁸ Cfr. Cons. Stato, ad. pl., 20 gennaio 1997, n. 2. In senso analogo cfr. Cons. Stato, sez. VI, 22 novembre 2005, n. 6522; Id., sez. V, 17 novembre 2006, n. 6065. Per la dottrina cfr. F. FRANCIOSI, *Regolamento di competenza e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Napoli, 1990; P. PIZZA, *Regolamento di competenza e tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 875; M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Foro amm. - Tar*, 2009, 55 ss.; C. CONTESSA, *Rilievo dell'incompetenza e regolamento preventivo di competenza nel nuovo Codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it

La dottrina tacciava tale prassi di illegittimità costituzionale per contrasto con il principio del giudice naturale precostituito per legge, sancito all'art. 25 Cost.⁴⁵⁹. Fortunatamente, il c.p.a., sull'esempio del d.lgs. n. 53 del 2010, modifica le disposizioni sulla competenza prevedendo che il Tar adito debba dapprima esaminare l'eventuale difetto di competenza territoriale e poi decidere sull'istanza cautelare proposta⁴⁶⁰.

4. I nuovi termini processuali nell'art. 120 c.p.a.: l'assimilazione al regime processuale dell'art. 119 c.p.a. e le differenze rispetto all'art. 245, co. 2-quinquies, d.lgs. n. 163 del 2006.

L'opera di revisione e razionalizzazione dei riti speciali che ha portato ad assimilare la disciplina processuale dell'art. 120 c.p.a. a quella del precedente art. 119 si concretizza anche nel regime dei termini processuali. Difatti, nel passaggio dall'art. 245, co. 2-quinquies, d.lgs. n. 163 del 2006, così come modificato dall'art. 8 d.lgs. n. 53 del 2010, all'art. 120 c.p.a. l'eccessiva accelerazione che connotava i termini processuali viene ridotta, determinandosi un avvicinamento al regime processuale stabilito dall'art. 119 c.p.a.

⁴⁵⁹ Osserva, infatti, A. POLICE, *La competenza, op. cit.*, 136, che il fenomeno delle cc.dd. "migrazioni cautelari e di merito" avevano ricevuto aspre critiche da una parte della dottrina, tra cui cfr. N. PIGNATELLI, *Le migrazioni cautelari nel processo amministrativo*, in *Riv. it. dir. cost.*, 2009, 385 ss.; ID., *Tutela cautelare e competenza nel "nuovo" processo amministrativo: l'attuazione costituzionale del principio del giudice naturale*, in www.giustizia-amministrativa.it, "perché ritenute violative (o elusive) dei principi di cui all'art. 25, comma 1 e 125, comma 2, Cost., oltre che foriere di comportamenti moralmente censurabili da parte del difensore del ricorrente, il quale avrebbe potuto optare, a seconda dei casi concreti, o per il T.A.R. la cui giurisprudenza fosse risultata – per così dire – maggiormente "sensibile" alle pretese del proprio cliente ovvero (e finanche) per il T.A.R. nella cui circoscrizione fosse ubicato il proprio studio legale, in modo da non dover sostenere alcuna spesa di trasferta".

⁴⁶⁰ Tuttavia, rileva A. POLICE, *La competenza, op. cit.*, 136 ss., che se da un lato la nuova disciplina della competenza così come definita dal c.p.a. è apprezzabile, in quanto persegue l'intento di scoraggiare i fenomeni descritti; dall'altro non possono non esprimersi dubbi sull'enfaticizzazione del ruolo del giudice a discapito delle parti processuali e dei loro difensori, visti quasi con "diffidenza". Difatti, C. CONTESSA, *Rilievo dell'incompetenza e regolamento preventivo di competenza nel nuovo Codice del processo amministrativo, op. cit.*, ritiene che la nuova disciplina della competenza stia orientando il processo amministrativo in termini "oggettivi". Inoltre, continua Police, tale scelta legislativa potrebbe causare un *deficit* alla tutela cautelare del ricorrente, che, in perfetta buona fede, abbia adito il Tar incompetente. Al contrario, il vecchio art. 31 L. Tar, sembrava bilanciare in maniera assai meno "drastica", rispetto alla norma attuale, "le opposte esigenze del rispetto della competenza territoriale prevista dalla legge a garanzia dell'amministrazione resistente e del controinteressato, i quali sempre potevano avvalersi dello strumento del regolamento di competenza, e della effettività della tutela nella fase cautelare a garanzia del ricorrente, a fronte delle note ed oggettive difficoltà che pur sempre possono sorgere", invero, anche sotto la vigenza della nuova disciplina "nella individuazione del T.A.R. territorialmente competente". Aggiunge sul punto l'Autore che a ben vedere il previgente art. 31 L. Tar, nella parte in cui rimetteva alle parti la facoltà di scegliere il giudice dinanzi al quale instaurare il giudizio non violava gli artt. 25, co. 1 e 125, co. 2, Cost., in quanto è noto che nei processi di tipo soggettivo, "il cui archetipo è offerto dal processo civile" e nella cui categoria rientra anche il processo amministrativo in virtù degli artt. 103, co. 1 e 113 Cost., "le parti, salvi taluni casi tassativamente indicati dalla legge, possono sempre stabilire per accordo il foro innanzi al quale svolgere il processo". Per l'inquadramento del processo amministrativo nella categoria del giudizio di tipo soggettivo cfr., fra gli altri, M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1963, 217 e ss. e II, 1964, 34 ss.; M. NIGRO, *Esperienze e prospettive del processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 401 ss.; A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione, op. cit.*, 635 ss.

Più nello specifico, l'art. 120, co. 5, c.p.a., conserva della vecchia disciplina introdotta dall'art. 245, co. 2-*quinquies*, d.lgs. n. 163 del 2006, solo il termine accelerato di trenta giorni di notifica del ricorso principale, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti⁴⁶¹.

Sul termine dimezzato di proposizione del ricorso principale si è ampiamente discusso⁴⁶², riguardo al termine di notifica del ricorso incidentale giova in questa sede precisare che l'art. 120, co. 5, c.p.a., nella sua originaria formulazione assoggettava all'accelerato termine di trenta giorni solo il ricorso principale e quello per motivi aggiunti, senza menzionare anche il ricorso incidentale.

Tale omissione aveva dato adito a dubbi interpretativi⁴⁶³ e difficoltà applicative, in quanto se l'art. 120, co. 5, c.p.a. non menzionava anche il termine di notifica del ricorso incidentale, allora doveva trovare applicazione l'art. 119, co. 2, c.p.a.⁴⁶⁴, che sottrae il ricorso incidentale alla regola del dimezzamento dei termini.

Pertanto, si veniva a creare una situazione paradossale che causava un'ingiustificata disparità di trattamento tra le parti processuali: mentre il ricorrente principale doveva proporre ricorso nel termine dimezzato di trenta giorni, il ricorrente incidentale poteva beneficiare *ex art.* 119, co. 2, c.p.a., del più ampio termine di sessanta giorni.

Fortunatamente il primo decreto correttivo al Codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 195 del 2011) ha posto rimedio a quella che “era stata ritenuta dalla totalità dei commentatori⁴⁶⁵ una mera

⁴⁶¹ Al contrario, com'è stato chiarito nella presente trattazione, l'art. 119, co. 2, c.p.a., chiarisce che l'eccezione alla regola del dimezzamento dei termini processuali (vale a dire sessanta giorni) si applica al termine di notifica del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti, mentre non trova applicazione per il termine di deposito, dissipando tutti i dubbi sorti sulla base dell'art. 23-*bis*, co. 2, L. Tar. Per maggiori dettagli sull'argomento cfr. *infra* Capitolo II.

⁴⁶² Cfr. *infra* Capitolo II.

⁴⁶³ In giurisprudenza ad esempio vi era un indirizzo interpretativo (cfr. Tar Puglia, Lecce, sez. II, 26 gennaio 2011, n. 113) che prendeva atto della volontà del legislatore di accordare un termine più lungo per l'esperimento del ricorso incidentale; ed un ulteriore orientamento (cfr. Tar Piemonte, sez. I, 14 luglio 2011, n. 785) che riteneva che l'omessa previsione nell'art. 120, co. 5, c.p.a. del ricorso incidentale comportasse una violazione del principio di uguaglianza delle parti nel processo. Cfr. più ampiamente sul punto F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, *op. cit.*, 754-755.

⁴⁶⁴ Difatti, com'è stato spiegato in precedenza, la disciplina dell'art. 120 c.p.a. è speciale rispetto a quella dettata dall'art. 119 c.p.a., pertanto per quanto non espressamente previsto dall'art. 120 c.p.a. si applicano le disposizioni dell'art. 119 c.p.a. In altri termini, siccome l'art. 120, co. 5, c.p.a. nulla disponeva sul termine di notifica del ricorso incidentale, allora doveva trovare applicazione l'art. 119, co. 2, c.p.a.

⁴⁶⁵ Cfr., *ex multis*, R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, 543 ss.; R. INVERNIZZI, *Il nuovo processo amministrativo: il ricorso, la sua introduzione, il ricorso incidentale e la costituzione delle parti evocate. Quadro di sintesi*, in *L'amministrativista. Nuovo processo amministrativo*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2010, 40 ss.; R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, *op. cit.*, secondo cui l'omessa menzione del ricorso incidentale nell'originaria formulazione dell'art. 120, co. 5, c.p.a. è sicuramente frutto di un refuso “in sede di trasposizione e riscrittura dell'art. 245, codice appalti, ma che per evidenti ragioni logiche ed equitative, il termine per il ricorso incidentale deve intendersi di trenta giorni come quello per il ricorso principale, dovendosi intendere l'espressione ‘ricorso’ come *genus* comprensivo sia del ricorso principale che di quello incidentale”.

svista del legislatore”⁴⁶⁶, estendendo l’applicazione del dimezzato termine di trenta giorni per la notifica del ricorso principale anche a quello incidentale⁴⁶⁷.

Per quanto concerne il termine di notifica del ricorso per motivi aggiunti l’art. 120, co. 5, c.p.a. innova il precedente art. 245, co. 2-*quinquies*, d.lgs. n. 163 del 2006, che prevedeva un regime processuale differenziato a seconda che si trattasse di atti già impugnati ovvero diversi da quelli già impugnati⁴⁶⁸, uniformando la relativa disciplina processuale. In altri termini, l’art. 120, co. 5, c.p.a. uniforma il termine di proposizione del ricorso per motivi aggiunti, che viene fissato sempre in trenta giorni, a prescindere dal fatto che i motivi aggiunti si riferiscano ad un atto già impugnato ovvero nuovo⁴⁶⁹.

Per quanto riguarda, invece, gli altri due termini previsti dall’art. 245, co. 2-*quinquies*, d.lgs. cit., lett. b) ed e), poiché nulla dispone in proposito l’art. 120 c.p.a. si applica la disciplina dettata dall’art. 119 c.p.a.⁴⁷⁰.

Più nello specifico, l’art. 120 c.p.a. non prevede espressamente un termine per il deposito dei ricorsi, dunque trova applicazione l’art. 119 c.p.a., che al comma 1 sancisce: “tutti i termini processuali ordinari sono dimezzati”. Dunque, se il termine ordinario di deposito dei ricorsi è, ai sensi dell’art. 45 c.p.a., pari a trenta giorni, di conseguenza per il rito abbreviato *ex art.* 119 c.p.a. sarà di quindici giorni⁴⁷¹ e si applicherà anche al rito speciale *ex art.* 120 c.p.a., dal momento che nulla ha espressamente disposto in proposito⁴⁷².

Anche riguardo al termine di proposizione dell’appello avverso l’ordinanza cautelare l’art. 120 c.p.a. non dispone nulla. Soccorre, pertanto, l’art. 119, co. 2, c.p.a. che sottrae dalla regola del

⁴⁶⁶ F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, *op. cit.*, 754 ss.

⁴⁶⁷ In altri termini, attualmente l’art. 120, co. 5, c.p.a. menziona anche il termine di notifica del ricorso incidentale.

⁴⁶⁸ Come spiegato nel Capitolo precedente, per quanto riguarda il ricorso per motivi aggiunti l’art. 245, co. 2-*quinquies*, d.lgs. n. 163 del 2006 operava una distinzione: trenta giorni per proporre motivi aggiunti avverso atti diversi da quelli già impugnati e quindici giorni per proporre motivi aggiunti avverso gli atti già impugnati. Sull’argomento si rinvia a F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, *op. cit.*, 755.

⁴⁶⁹ Cfr. R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, *op. cit.*, la quale chiarisce che tale disciplina muta a far data dal 16 settembre 2010, allorché l’art. 120, co. 5, c.p.a. “ripristina un regime uniforme per i motivi aggiunti, il cui termine di proposizione è sempre trenta giorni quale che sia l’atto cui si riferiscono (già impugnato o nuovo)”.

⁴⁷⁰ Si ricordi quanto affermato da F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, *op. cit.*, 748, secondo cui il c.p.a. introduce una disciplina “a doppia specialità”, ossia per quanto non espressamente previsto dagli artt. 120 e ss. c.p.a., al processo si applicano le disposizioni dell’art. 119 c.p.a. e, a sua volta, per quanto non espressamente stabilito dall’art. 119 c.p.a. trovano applicazione le regole del rito ordinario, che assumono, pertanto, una valenza residuale.

⁴⁷¹ Difatti, se sotto la vigenza dell’art. 23-*bis* L. Tar sussistevano dubbi sull’estensione dell’eccezione della regola del dimezzamento anche al termine di deposito, l’art. 119 c.p.a. dissipa tali dubbi ed esclude espressamente il termine di deposito dall’applicazione della suddetta regola. Difatti, l’art. 119, co. 2, c.p.a. afferma che “tutti i termini processuali ordinari sono dimezzati salvo, nei giudizi di primo grado, quelli per la *notificazione* del ricorso...”. Dunque, si fa riferimento solo alla fase della notificazione e non anche a quella successiva del deposito che è, pertanto, esclusa.

⁴⁷² Cfr. R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, *op. cit.*

dimezzamento i termini di proposizione dell'appello cautelare di cui all'art. 62, co. 1, c.p.a. Dunque, l'art. 119, co. 2, c.p.a. rinvia all'art. 62, co. 1, c.p.a., secondo cui l'appello avverso le ordinanze cautelari si propone "nel termine di trenta giorni dalla notificazione dell'ordinanza, ovvero di sessanta giorni dalla sua pubblicazione". In definitiva, il termine per l'appello avverso l'ordinanza cautelare non è più fissato in quindici giorni come stabilito dall'art. 245, co. 2-*quinquies*, d.lgs. cit., lett. e), ma trovano applicazione i termini previsti per il rito ordinario *ex art.* 62, co. 1, c.p.a., sia per il giudizio abbreviato *ex art.* 119 c.p.a., che per il processo speciale in materia di appalti pubblici *ex art.* 120 c.p.a.⁴⁷³.

La vicenda dei termini per il deposito di tutti i ricorsi e per l'appello avverso l'ordinanza cautelare conferma la più volte menzionata volontà del legislatore di rendere la disciplina processuale descritta all'art. 120 c.p.a. maggiormente assimilabile a quella prevista, *in primis*, per il rito abbreviato comune, e, *in secundis*, per il processo ordinario.

4.1. (Segue) La fissazione della data dell'udienza di merito.

L'art. 8 d.lgs. n. 53 del 2010 aveva aggiunto all'art. 245 d.lgs. n. 163 del 2006 il comma 2-*octies*, che fissava un termine certo (sessanta giorni), seppur ordinatorio⁴⁷⁴, entro cui si sarebbe dovuta celebrare l'udienza di merito, ove non si fosse definito il merito già all'esito dell'udienza cautelare⁴⁷⁵.

Tuttavia, l'art. 120, co. 6, c.p.a., nella sua originaria formulazione, onde assicurare una maggiore flessibilità nella gestione dei carichi di lavoro⁴⁷⁶, ha preferito eliminare il riferimento ad un termine fisso per la celebrazione dell'udienza di merito, prevedendo in maniera più generica la fissazione dell'udienza d'ufficio "immediatamente" e "con assoluta priorità"⁴⁷⁷. In altri termini, l'originaria versione dell'art. 120, co. 6, c.p.a., stabiliva che qualora il merito non fosse stato definito immediatamente all'udienza cautelare *ex art.* 60 c.p.a., ovvero la data dell'udienza di merito non

⁴⁷³ Cfr. sul punto R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, *op. cit.*

⁴⁷⁴ Cfr. F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, *op. cit.*, 757.

⁴⁷⁵ L'art. 245, co. 2-*octies*, d.lgs. n. 163 del 2006, così disponeva: "Il processo, ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque definito ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro sessanta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente".

⁴⁷⁶ R. DE NICTOLIS, *Il rito degli appalti pubblici dopo il D.L. 90/2014*, *op. cit.*

⁴⁷⁷ L'art. 120, co. 6, c.p.a., nella sua versione originaria, stabiliva: "Quando il giudizio non è immediatamente definito ai sensi dell'articolo 60, l'udienza di merito, ove non indicata dal collegio ai sensi dell'art. 119, comma 3, è immediatamente fissata d'ufficio con assoluta priorità". M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, *op. cit.*, nel commentare la suddetta norma, se da un lato considera poco apprezzabile il doppio rinvio interno (ossia, rispettivamente, all'art. 60 e all'art. 119, co. 3, c.p.a.), che incide negativamente sull'aspetto esteriore della disposizione; dall'altro, non manca di esprimere un giudizio favorevole per la norma in esame nella misura in cui riduce, significativamente, la "super-accelerazione" del rito speciale in materia di appalti pubblici, così come previsto dal d.lgs. n. 53 del 2010.

fosse stata fissata dal collegio della fase cautelare *ex art.* 119, co. 3, c.p.a., allora il giudice d'ufficio (nella persona del presidente) avrebbe dovuto fissare l'udienza di merito "immediatamente" e "con assoluta priorità".

Tuttavia, l'art. 40, co. 1, D.L. n. 90 del 2014, così come integrato dalla legge di conversione n. 114 del 2014, modifica il comma 6 dell'art. 120 c.p.a. ripristinando la disciplina processuale prima prevista dall'art. 245, co. 2-*octies*, d.lgs. n. 163 del 2006, con la sola differenza che il termine per la celebrazione dell'udienza di merito viene ridotto da sessanta a quarantacinque giorni⁴⁷⁸. Dunque, il D.L. n. 90 del 2014 segna un ritorno al passato perché conferma la disciplina che era stata introdotta dal d.lgs. n. 53 del 2010 e che il c.p.a. aveva voluto modificare sotto diversi profili.

A seguito della modifica del 2014 il comma 6 dell'art. 120 c.p.a. dispone che se il giudizio non viene definito immediatamente nell'udienza cautelare, "viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente."

Parte della dottrina se da un lato saluta con favore l'innovazione apportata dal D.L. del 2014 che comporta una "temporalizzazione certa dei tempi di fissazione dell'udienza di merito"; d'altro canto critica la riduzione del relativo termine a quarantacinque giorni. Difatti, quest'ultimo appare poco "realistico" rispetto al precedente termine di sessanta giorni, perché poco rispettoso dei termini a difesa delle parti che nella prassi del rito in materia di appalti pubblici subiscono, inevitabilmente, uno spostamento in avanti⁴⁷⁹, che mal si concilia con il più breve termine di quarantacinque giorni⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ Più precisamente il D.L. n. 90 del 2014 prevedeva trenta giorni, mentre la Legge di conversione n. 114 del 2014 ha aumentato il termine a quarantacinque giorni.

⁴⁷⁹ Come avverte R. DE NICTOLIS, *Il rito degli appalti pubblici dopo il D.L. 90/2014, op. cit.*, nella prassi del contenzioso in materia di appalti pubblici è quasi inevitabile che al ricorso introduttivo seguano motivi aggiunti e ricorso incidentale che determinano uno spostamento in avanti dei termini a difesa stabiliti a favore delle parti. Pertanto, "il termine di 45 giorni enunciato dal D.L. n. 90/2014, rischia di essere un mero slogan che non avrà alcuna applicazione concreta".

⁴⁸⁰ Osserva R. DE NICTOLIS, *Il rito degli appalti pubblici dopo il D.L. 90/2014, op. cit.*, che se il decreto di fissazione dell'udienza va comunicato alle parti almeno trenta giorni prima della data dell'udienza medesima, quest'ultima, che secondo il D.L. del 2014 deve tenersi entro quarantacinque giorni, "non potrà comunque tenersi prima di trenta giorni, dovendosi calcolare che dell'udienza va dato avviso alle parti almeno trenta giorni prima". A ciò si aggiunge che "scaduto il termine di costituzione delle parti diverse dal ricorrente e fissata l'udienza entro 45 giorni da tale termine, le parti avranno termini ridottissimi per la preparazione di documenti, memorie e repliche, che possono, rispettivamente, essere depositati fino a 20, 15, 10 giorni liberi prima dell'udienza. Quindi in concreto, dalla data di udienza, e dando per presupposto che l'udienza, una volta fissata, sia comunicata lo stesso giorno alle parti, e che sia fissata al 45° giorno dalla scadenza del termine di costituzione, le parti avranno 25 giorni per preparare e depositare i documenti, trenta giorni per preparare e depositare le memorie, cinque giorni per preparare e depositare le repliche". Tuttavia, se l'udienza dovesse essere fissata prima del quarantacinquesimo giorno, i suddetti termini si accorcerebbero ulteriormente. Per queste ragioni il termine di quarantacinque giorni appare poco rispettoso dei termini a difesa.

4.3. La fase cautelare.

Nello stesso disegno unificatore⁴⁸¹ che ha portato ad eliminare la disciplina specifica sulla competenza, sostituita da un regime generale applicabile a tutti i rami del processo amministrativo, si inserisce anche l'eliminazione di una normativa speciale del processo cautelare, prevista dal vecchio art. 245 d.lgs. cit., che rispecchia la scelta del c.p.a. "di ridisegnare, nel suo complesso, questa particolare fase del giudizio"⁴⁸².

Dunque, nell'ottica di arginare i connotati di "eccentricità" che caratterizzavano il rito descritto dall'art. 245 d.lgs. n. 163 del 2006, così come modificato dal d.lgs. n. 53 del 2010, e renderlo maggiormente omogeneo al rito abbreviato comune, nonché al rito ordinario, le specifiche disposizioni valide esclusivamente per il rito appalti non vengono trasfuse nell'art. 120 c.p.a. Difatti, l'art. 120 c.p.a. non contiene una disciplina specifica della tutela cautelare, pertanto, per la relativa regolamentazione deve farsi riferimento al precedente art. 119, nonché alle disposizioni generali.

Com'è stato chiarito altrove, l'art. 8 d.lgs. n. 53 del 2010 aveva introdotto attraverso l'art. 245, co. 2-*duodecies*, d.lgs. n. 163 del 2006, un rito cautelare speciale caratterizzato da una super-accelerazione dei termini processuali per arrivare prontamente ad una decisione cautelare. È noto, infatti, che lo *standstill period* processuale scatta al momento della proposizione del ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione con contestuale domanda cautelare e dura sino alla pronuncia cautelare del giudice⁴⁸³.

Dunque, finché non viene adottato il provvedimento cautelare l'effetto sospensivo automatico non cessa di operare. Pertanto, onde evitare una procrastinazione *sine die* dello *standstill period* processuale, il legislatore del 2010 aveva ritenuto necessario accelerare i tempi processuali per giungere il più rapidamente possibile ad una decisione sulla cautela.

Tuttavia, il termine di cinque giorni concesso alle parti a cui è notificato il ricorso per poter presentare "istanze e memorie" risultava irragionevole per il mancato coordinamento con il più lungo termine di dieci giorni per il deposito del ricorso principale⁴⁸⁴. Difatti, se le parti potevano presentare "istanze e memorie" entro cinque giorni dalla notifica del ricorso, tale termine poteva

⁴⁸¹ Che ha comportato la revisione e la razionalizzazione dei riti speciali nel senso più volte citato nel testo della presente trattazione.

⁴⁸² F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a., op. cit.*, 733.

⁴⁸³ Ovvero sino alla pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado qualora venga deciso il merito all'esito dell'udienza cautelare.

⁴⁸⁴ L'art. 245, co. 2-*duodecies*, d.lgs. n. 163 del 2006, recitava: "In caso di domanda cautelare, le parti a cui è notificato il ricorso possono presentare istanze e memorie, in relazione ad essa, entro cinque giorni dalla ricevuta notificazione. La domanda cautelare è comunque trattata alla prima udienza utile in camera di consiglio, decorso il predetto termine di cinque giorni. Il giudice decide interinalmente sulla domanda cautelare, anche se ordina adempimenti istruttori, se concede termini a difesa, o se solleva o vengono proposti incidenti processuali".

scadere anche prima del decorso del termine per il deposito del ricorso medesimo, fissato in dieci giorni. Di conseguenza, le parti erano costrette a presentare memorie quando il ricorso non era ancora iscritto⁴⁸⁵ e, dal momento che la norma *de qua* prevedeva che dopo il decorso dei predetti cinque giorni potesse essere fissata l'udienza cautelare, poteva accadere che alla data dell'udienza cautelare il ricorso principale non fosse ancora stato depositato⁴⁸⁶.

Orbene, nel passaggio dal Codice dei contratti pubblici al c.p.a. cessano tali difficoltà interpretative dal momento che la disciplina speciale della tutela cautelare non viene confermata. Difatti, il comma *de quo* non viene trasfuso nell'art. 120 c.p.a., pertanto, nelle controversie in materia di appalti pubblici trova applicazione la disciplina ordinaria di cui all'art. 55 c.p.a., ma con il dimezzamento dei termini processuali, in base all'art. 119, co. 2, c.p.a.⁴⁸⁷.

Sul punto vale la pena notare che l'art. 120 c.p.a. conferma al comma 8 solo l'ultimo periodo dell'art. 245, co. 2-*duodecies*, d.lgs. n. 163 del 2006, ove si afferma che: "il giudice decide interinalmente sulla domanda cautelare, anche se ordina adempimenti istruttori, se concede termini a difesa, o se solleva o vengono proposti incidenti processuali". Tale norma è stata considerata da

⁴⁸⁵ Chiarisce F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, op. cit., 757 ss., che il ristretto termine di cinque giorni non solo costringeva le parti resistenti a presentare memorie quando il ricorso non fosse ancora iscritto, ma per di più le obbligava a monitorare costantemente l'avvenuto deposito, dal momento che la fissazione dell'udienza cautelare era possibile dopo il decorso dei predetti cinque giorni dalla notifica. "In teoria, il ricorrente avrebbe potuto depositare il ricorso dopo i cinque giorni ed ottenere la fissazione della camera di consiglio *ad horas*".

⁴⁸⁶ Cfr. più ampiamente F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, op. cit., 757-758; e, in senso analogo, R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, op. cit., la quale specifica che se l'udienza cautelare corrisponde alla prima udienza utile decorsi cinque giorni dal perfezionamento dell'ultima notificazione ed avviene che la data dell'udienza medesima venga fissata immediatamente dopo il decorso dei cinque giorni, potrebbe accadere che al momento della celebrazione dell'udienza cautelare non sia ancora stato depositato il ricorso introduttivo. Pertanto, si è tentato di superare tale inconveniente in via esegetica, ossia intendendosi per "prima udienza utile" in ogni caso quella successiva al deposito del ricorso e prevedendo l'onere per il ricorrente di costituirsi per la data della prima udienza utile, anche se il termine di dieci giorni fosse ancora decorrente (*id est* anche prima del decorso del termine *de quo*).

⁴⁸⁷ In altri termini, sempre in virtù del principio della doppia specialità: siccome l'art. 120 c.p.a. nulla dispone sulla tutela cautelare, allora deve trovare applicazione, in via residuale, la disciplina prevista dall'art. 119 c.p.a. Poiché l'art. 119 c.p.a. al comma 2 sancisce che "tutti i termini processuali ordinari sono dimezzati", con delle eccezioni e tra queste eccezioni non si fa riferimento ai termini della fase cautelare, ne consegue che alle controversie in materia di appalti pubblici si applicheranno i termini ordinari previsti dall'art. 55 c.p.a., ma dimezzati per effetto di quanto stabilito dall'art. 119, co. 2, c.p.a. Osserva R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, op. cit., che il dimezzamento dei termini processuali comporta che il collegio giudicante nel corso del processo cautelare nel rito speciale in materia di appalti si pronunci sulla domanda cautelare nella prima camera di consiglio successiva al decimo giorno (e non al ventesimo come nel rito ordinario) dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell'ultima notificazione e, altresì, al quinto giorno (e non al decimo) dal deposito del ricorso. "Il termine dimezzato di deposito del ricorso è di quindici giorni, per cui in concreto la prima udienza utile non può celebrarsi, se il ricorrente deposita al quindicesimo giorno, prima di venti giorni dal perfezionamento dell'ultima notificazione. Rimane la questione che le parti diverse dal ricorrente non sanno quando il ricorso viene depositato, e quindi quale è la prima udienza utile decorsi cinque giorni dal deposito. Sarebbe stato meglio per ragioni di certezza fissare la trattazione dell'incidente cautelare alla prima udienza utile dopo cinque giorni dalla scadenza del termine di deposito del ricorso". Aggiunge sul punto l'Autrice che il termine di dieci giorni successivi alla notificazione e cinque giorni successivi al deposito del ricorso per celebrare l'udienza cautelare costituiscono comunque un arco temporale maggiore rispetto al ristretto termine di cinque giorni stabilito dal previgente art. 245 d.lgs. cit.

attenta dottrina di dubbia utilità, in quanto si limita a descrivere un *modus operandi* che il giudice deve sempre rispettare nell'esercizio del potere cautelare. Al più potrebbe considerarsi espressione di un principio generale da estendersi al processo cautelare ordinario⁴⁸⁸.

Tuttavia, una novità di rilievo in materia è rappresentata dall'introduzione, ad opera del D.L. n. 90 del 2014, convertito nella L. n. 114 del 2014, del comma 8-*bis* all'art. 120 c.p.a., che generalizza la misura della cauzione e temporalizza la misura cautelare. Ai sensi dell'art. 120, co. 8-*bis*, c.p.a.: "il collegio, quando dispone le misure cautelari di cui al comma 4 dell'art. 119, ne può⁴⁸⁹ subordinare l'efficacia⁴⁹⁰, anche qualora dalla decisione non derivino effetti irreversibili, alla prestazione, anche mediante fideiussione, di una cauzione di importo commisurato al valore dell'appalto e comunque non superiore allo 0,5 per cento del suddetto valore. Tali misure sono disposte per una durata non superiore a sessanta giorni dalla pubblicazione della relativa ordinanza, fermo restando quanto stabilito dal comma 3 dell'art. 119⁴⁹¹".

Dunque, il legislatore del 2014 ha introdotto un termine di durata massima della misura cautelare, che non può eccedere i sessanta giorni. Tale temporalizzazione della misura cautelare non è passibile di illegittimità costituzionale ed incompatibilità comunitaria, poiché il meccanismo previsto dal comma 8-*bis* dovrebbe assicurare che la decisione di merito giunga entro sessanta giorni. Se ciò non dovesse accadere bisognerebbe prediligere una lettura costituzionalmente e comunitariamente orientata della disposizione in esame secondo cui una volta "scaduta la prima misura cautelare, la relativa istanza possa (può) essere reiterata"⁴⁹².

La norma, inoltre, risulta molto innovativa rispetto alle generali regole in tema di cauzione, in quanto generalizza la misura della cauzione, che può essere adottata "anche qualora dalla decisione

⁴⁸⁸ Così M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, *op. cit.*

⁴⁸⁹ R. DE NICTOLIS, *Il rito degli appalti pubblici dopo il D.L. 90/2014*, *op. cit.*, esprime favore per la disposizione in esame che, correttamente, non prevede, a differenza della soluzione originariamente proposta dal D.L. n. 90 del 2014 che la concepiva come indefettibile, ma la legge di conversione attribuisce al giudice la facoltà di subordinare l'efficacia della misura cautelare all'applicazione della cauzione. L'applicazione della cauzione ogniqualvolta il giudice dovesse decidere di applicare una misura cautelare sarebbe stata passibile di incompatibilità comunitaria, in quanto la direttiva ricorsi 2007/66/CE consente al giudice di operare un bilanciamento tra vari interessi, e se le conseguenze negative superano quelle positive non adottare il provvedimento cautelare. Dunque, se a seguito di tale bilanciamento, poiché le conseguenze positive superano le negative, il giudice decide di adottare il provvedimento cautelare "la previsione indefettibile di una cauzione potrebbe essere interpretata come una regola che rende eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti e l'effettività della tutela, comunitariamente imposta".

⁴⁹⁰ Osserva R. DE NICTOLIS, *Il rito degli appalti pubblici dopo il D.L. 90/2014*, *op. cit.*, che "sul piano strettamente esegetico" appare poco "chiaro che si intenda per subordinazione a cauzione non già della concessione della misura cautelare, come dice in termini generali l'art. 55 comma 2 c.p.a., ma della sua sola "efficacia".

⁴⁹¹ Ossia la fissazione dell'udienza di merito quando non viene concessa una misura cautelare. Per maggiori dettagli si rinvia al Capitolo II.

⁴⁹² R. DE NICTOLIS, *Il rito degli appalti pubblici dopo il D.L. 90/2014*, *op. cit.*

non derivino effetti irreversibili”⁴⁹³, ne individua la tipologia⁴⁹⁴ e ne quantifica l’importo massimo⁴⁹⁵. In altri termini, per il rito speciale in materia di appalti pubblici la concessione della misura cautelare è subordinata alla prestazione di una cauzione, anche nelle forme della fideiussione e non è più legata agli effetti irreversibili “che l’esecuzione del provvedimento impugnato possa in ipotesi assumere”⁴⁹⁶.

È ragionevole ritenere che, a seguito della modifica apportata all’art. 120, co. 11, c.p.a. dall’art. 204, co. 1, lett. h), d.lgs. n. 50 del 2016, che contempla anche il comma 8-*bis* tra le disposizioni che si applicano in grado d’appello, le nuove regole in tema di temporalizzazione della misura cautelare e generalizzazione della cauzione trovino applicazione anche nel giudizio d’appello dinanzi al Consiglio di Stato.

Secondo alcuni Autori l’intento della modifica del 2014 tende a scoraggiare il ricorso alla tutela cautelare nel rito in materia di appalti pubblici⁴⁹⁷, in quanto se il giudice concede al ricorrente l’applicazione di una misura cautelare, quest’ultimo dovrà anche assumersi “l’onere economico della propria richiesta”⁴⁹⁸.

⁴⁹³ Al contrario, prima dell’intervento legislativo del 2014, poiché l’art. 120 c.p.a. non disponeva nulla sul punto, trovava applicazione l’art. 55, co. 2, c.p.a. che subordinava l’adozione della cauzione nel solo caso in cui la domanda cautelare potesse avere “effetti irreversibili”. Il legislatore del 2014, invece, aggiunge il comma 8-*bis* che generalizza l’adozione della cauzione, consentendo la sua applicazione anche quando dalla decisione non derivino effetti irreversibili.

⁴⁹⁴ Tra le forme di cauzione il comma 8-*bis* dell’art. 120 c.p.a. individua la fideiussione.

⁴⁹⁵ Che deve essere commisurato al valore dell’appalto e comunque non superiore allo 0,5 per cento del suddetto valore. Avverte R. DE NICTOLIS, *Il rito degli appalti pubblici dopo il D.L. 90/2014*, op. cit., che bisogna stabilire cosa s’intenda per valore dell’appalto, vale adire se si faccia riferimento all’importo a base di gara, o all’importo risultante dall’aggiudicazione, ovvero all’importo offerto “dal soggetto ricorrente in giudizio (che non è l’aggiudicatario)”. A parere dell’Autrice “la soluzione preferibile, proprio perché l’aggiudicazione è *sub iudice*, e dunque il prezzo di aggiudicazione non indica in modo definitivo il valore dell’appalto, è ritenere che il valore dell’appalto sia il prezzo posto a base di gara”.

⁴⁹⁶ G. PESCE, *Il processo amministrativo alla luce del D.L. 90/2014: il difficile compromesso tra efficienza, diritti e Costituzione*, in *Il nuovo dir. amm.*, 2014, 161 ss., il quale aggiunge “anche se dovrebbe permanere il giudizio di ‘estrema urgenza e gravità’ in virtù del rinvio all’art. 119, comma 4, del c.p.a.”.

⁴⁹⁷ Tuttavia, come precisa E. FOLLIERI, *La fase cautelare*, in *Giustizia amministrativa*, op. cit., 359, anche se lo scopo della disposizione in esame consiste nello scoraggiare il ricorrente dal domandare la misura cautelare per favorire l’interesse della stazione appaltante alla celere esecuzione dell’appalto, “la cauzione può essere disposta dal giudice anche qualora sia respinta la domanda urgente, in assenza di ‘effetti irreversibili’; una diversa interpretazione si porrebbe in contrasto con l’art. 111 Cost. che garantisce il giusto processo anche stabilendo il contraddittorio tra le parti in condizioni di parità”.

⁴⁹⁸ G. PESCE, *Il processo amministrativo alla luce del D.L. 90/2014: il difficile compromesso tra efficienza, diritti e Costituzione*, in *Il nuovo dir. amm.*, 2014, 168, il quale avverte che già l’art. 119, co. 4, c.p.a. attribuendo al giudice il potere di concedere l’applicazione di misure cautelari “solo in caso di estrema gravità ed urgenza” aveva fatto perdere alla misura cautelare di primo grado “la sua proverbiale attrazione”. Se a ciò si aggiungono le modifiche del 2014 che hanno comportato l’obbligo di fissare prontamente l’udienza di merito e subordinato la concessione della misura cautelare alla prestazione di una cauzione da parte del ricorrente “può dirsi quasi addio alla tutela cautelare in materia di appalti pubblici”. Tale discorso sarà maggiormente approfondito nel Capitolo successivo allorché si esporrà la disciplina introdotta dal comma 8-*ter* dell’art. 120 c.p.a.

4.3.1. (Segue) *Lo spazio riservato alla tutela cautelare ante causam e monocratica nel rito speciale in materia di appalti pubblici.*

A proposito della tutela cautelare in materia di appalti pubblici occorre chiedersi se trovano applicazione le regole sulle misure cautelari monocratiche in corso di causa (art. 56 c.p.a.)⁴⁹⁹ e *ante causam* (art. 61 c.p.a.)⁵⁰⁰.

Il dubbio si pone dal momento che l'applicazione dello *standstill period* processuale, che sospende gli effetti del provvedimento di aggiudicazione a seguito del ricorso avverso il predetto provvedimento con contestuale domanda cautelare, rende "sostanzialmente inutile"⁵⁰¹ per il ricorrente la tutela cautelare *ante causam*, nonché quella monocratica *intra litem*.

I due istituti, rimasti in vigore nell'art. 245 d.lgs. n. 163 del 2006⁵⁰² anche dopo la novella introdotta con il d.lgs. n. 53 del 2010, non vengono trasfusi nell'art. 120 c.p.a. Tuttavia, essendo disciplinati

⁴⁹⁹ Si tratta di misure altrimenti definite come "tutela cautelare con decreto presidenziale" o "tutela cautelare monocratica". Esse appartengono alla categoria delle misure cautelari monocratiche che, com'è noto, si distinguono a seconda che vengano adottate prima dell'instaurazione del giudizio (art. 61 c.p.a.) ovvero in corso di causa (art. 56 c.p.a.). Il ricorrente, ai sensi dell'art. 56, co. 1, c.p.a., rubricato "misure cautelari monocratiche", "prima della trattazione della domanda cautelare da parte del collegio" in caso di "estrema gravità ed urgenza", tale da non consentire "neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio", può chiedere al presidente del Tar o della sezione cui il ricorso è assegnato, nello stesso ricorso (ossia con la domanda cautelare), ovvero con istanza separata, "di disporre misure cautelari provvisorie". Si deve, dunque, trattare di situazioni estreme che giustificano l'intervento presidenziale, nonché "la deroga al principio della collegialità delle decisioni nel processo amministrativo". Osserva M. CORASANITI, *Il sistema cautelare nel giudizio amministrativo quale strumento rapido di tutela in attuazione del principio di effettività*, op. cit., 16, che "la qualificazione della gravità e dell'urgenza come "estreme" comporta che queste ultime debbano essere di entità superiore a quella che connota il pericolo necessario per chiedere la misura collegiale ex art. 55 c.p.a. (pregiudizio grave e irreparabile), ma inferiore a quella "eccezionale" richiesta per la misura *ante causam* (art. 61 c.p.a.)". E ancora sul punto cfr. E. FOLLIERI, *La fase cautelare*, in *Giustizia amministrativa*, op. cit., 365, che l'art. 56 c.p.a. descrive un meccanismo "che, comunque, impone di redigere il ricorso, anche nel merito, nonché la notifica preventiva alle parti". La richiesta deve, difatti, contenere anche l'esposizione delle ragioni di fatto e di diritto "con la conseguenza che il deposito in segreteria della domanda cautelare comporta anche la pendenza della lite". Pertanto, si tratta di un provvedimento adottato con causa già pendente, che interviene in corso di causa.

⁵⁰⁰ Al contrario della tutela accordata con provvedimento presidenziale *intra causam* ex art. 56 c.p.a. (per cui cfr. la nota precedente), l'art. 61 c.p.a., rubricato "misure cautelari anteriori alla causa", consente al ricorrente "in caso di eccezionale gravità ed urgenza tali da non consentire neppure la previa notificazione del ricorso" e neanche la domanda di misure cautelari provvisorie con decreto presidenziale ex art. 56 c.p.a., di presentare al presidente del Tar competente per il giudizio, previa notifica alle altre parti, "istanza per l'adozione delle misure interinali e provvisorie che appaiono indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della domanda cautelare in corso di causa". Osserva E. FOLLIERI, *La fase cautelare*, in *Giustizia amministrativa*, op. loc. ult. cit., che nel caso descritto all'art. 61 c.p.a., a differenza dell'art. 56 c.p.a., "non occorre redigere il ricorso, con l'esposizione del fatto e dei motivi, ma un atto che focalizzi l'eccezionale gravità ed urgenza del provvedere ed eventualmente indichi sommariamente i punti salienti di illegittimità dell'azione amministrativa". Si tratta, dunque, di una misura cautelare che interviene prima dell'instaurazione del giudizio, addirittura prima della notifica del ricorso. Essa rappresenta "uno strumento eccezionale e sussidiario di tutela, la cui adozione presuppone una situazione di "eccezionale gravità e urgenza" non fronteggiabile con le ordinarie misure collegiali o con l'anticipazione presidenziale monocratica, entrambe misure *post causam*". Cfr. sul punto M. CORASANITI, *Il sistema cautelare nel giudizio amministrativo quale strumento rapido di tutela in attuazione del principio di effettività*, op. cit., 18 ss.

⁵⁰¹ R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, op. cit.

⁵⁰² L'art. 245 d.lgs. n. 163 del 2006 è stata la prima norma a prevedere la tutela cautelare *ante causam*, in attuazione di alcune importanti decisioni della Corte di Giustizia. Tale tutela è stata successivamente estesa ad opera del c.p.a. a tutto il processo amministrativo e, difatti, è attualmente disciplinata all'art. 61 c.p.a. Per una completa analisi dell'istituto cfr., *ex multis*, A. MEZZOTERO, *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo. In attesa dell'attuazione della direttiva ricorsi n. 2007/66 e del nuovo Codice del processo amministrativo*, in *Rass. avv. stato*,

in via generale agli artt. 56 e 61 c.p.a. è ragionevole concludere che trovino applicazione anche per il rito in materia di appalti pubblici, nei limitati casi in cui possono apportare una qualche utilità al ricorrente.

A livello esemplificativo, si pensi al caso in cui il ricorrente impugni un atto diverso dall'aggiudicazione definitiva per cui non si produce l'effetto sospensivo automatico, pertanto la tutela cautelare *ante causam* o monocratica torna di utilità per il ricorrente. Ma vi è di più. Tali mezzi cautelari potrebbero essere utili per il ricorrente anche in casi limite relativi all'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione: si pensi all'ipotesi in cui la stazione appaltante si avvalga di una delle deroghe allo *standstill period* previste dalla legge, ovvero violi l'effetto sospensivo automatico⁵⁰³.

4.4. La pubblicazione obbligatoria del dispositivo nell'originaria formulazione dell'art. 120, co. 9, c.p.a.

L'art. 245, co. 2-*decies*⁵⁰⁴, d.lgs. n. 163 del 2006, analogamente ai vecchi artt. 23-*bis*, co. 5, L. Tar e 19, co. 3, D.L. n. 67 del 1997⁵⁰⁵, prevedeva l'obbligatorietà dell'anticipata pubblicazione del dispositivo della sentenza che definisce il giudizio, entro il termine di sette giorni dalla data dell'udienza.

Con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 104 del 2010 (c.p.a.)⁵⁰⁶ per quanto concerne la pubblicazione del dispositivo si introduce un regime differenziato non solo tra giudizio abbreviato *ex art. 119 c.p.a.* e rito speciale *ex art. 120 c.p.a.*, ma anche, limitatamente alle controversie in materia di appalti pubblici, tra primo e secondo grado.

Difatti, l'art. 119, co. 5, c.p.a. vincola il giudice a pubblicare il dispositivo, non oltre sette giorni dalla decisione della causa, solo qualora almeno una delle parti dichiarerà espressamente in udienza di discussione di avere interesse alla pubblicazione anticipata e la relativa dichiarazione sia attestata nel verbale⁵⁰⁷. In altri termini, la norma in esame stabilisce che la pubblicazione anticipata del

2010, 340 ss.; e ancora S. TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam introdotta dall'art. 245 del Codice degli appalti*, in www.giustamm.it. Si rinvia, inoltre, al Capitolo I, par. 3, della presente trattazione.

⁵⁰³ Per maggiori dettagli sul punto cfr. R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, *op. cit.*, la quale aggiunge che è ipotizzabile che alla tutela cautelare monocratica ricorrano più la stazione appaltante e i controinteressati, dal momento che quest'ultimi, a differenza del ricorrente, hanno interesse ad ottenere il prima possibile l'adozione di una decisione cautelare ad essi favorevole per addivenire prontamente alla stipula del contratto, non essendo applicabile lo *standstill period* processuale.

⁵⁰⁴ Il comma 2-*decies* è stato introdotto dall'art. 8 d.lgs. n. 53 del 2010.

⁵⁰⁵ Entrambe le norme citate disponevano che "il dispositivo della sentenza è pubblicato entro sette giorni dalla data dell'udienza, mediante deposito" in cancelleria, secondo l'art. 19 D.L. 67 del 1997; in segreteria *ex art. 23-bis* L. Tar.

⁵⁰⁶ Ossia, a far data dal 16 settembre 2010.

⁵⁰⁷ Aggiunge R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, *op. cit.*, che a seguito dell'istanza di parte il giudice è obbligato a pubblicare subitaneamente il dispositivo della sentenza, dovendo solo verificare che la relativa domanda sia presentata nell'udienza di discussione.

dispositivo non è obbligatoria, ma ha carattere eventuale ed è subordinata al ricorrere di due condizioni⁵⁰⁸: almeno una delle parti deve averne fatto espressa richiesta in udienza e la relativa dichiarazione deve essere raccolta nel verbale dell'udienza medesima.

Inoltre, la pubblicazione anticipata del dispositivo su richiesta di parte si applica, per il rinvio operato dall'art. 119, co. 7, c.p.a., anche in grado d'appello.

Al contrario, l'art. 120, co. 9, c.p.a., nella sua originaria formulazione, stabiliva, in analogia con l'art. 245, co. 2-*decies*⁵⁰⁹, d.lgs. cit., l'obbligatoria pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado "entro sette giorni dalla data della sua deliberazione" a prescindere da un'apposita richiesta di parte⁵¹⁰.

Secondo attenta dottrina⁵¹¹ la differenziazione della disciplina applicabile, rispettivamente, al rito speciale *ex art.* 120, co. 9, c.p.a. (obbligatorietà della pubblicazione del dispositivo senza domanda di parte) e al giudizio abbreviato *ex art.* 119, co. 5, c.p.a. (pubblicazione anticipata del dispositivo a richiesta di parte), appariva invero poco comprensibile. Difatti, se lo scopo di pubblicare tempestivamente il dispositivo, prima della motivazione, consiste nel cristallizzare la decisione del giudice⁵¹² per giungere rapidamente ad una certezza sull'esito della lite⁵¹³; non si comprende perché una tale esigenza di celerità debba essere soddisfatta nel rito in materia di appalti pubblici e non anche per le controversie assoggettate al rito abbreviato *ex art.* 119 c.p.a. che hanno "per definizione, una rilevanza particolare e privilegiata"⁵¹⁴. Sarebbe stato più coerente prevedere la pubblicazione anticipata del dispositivo come obbligatoria ed applicabile anche al rito ordinario.

È sufficiente che l'istanza provenga da una parte qualsiasi, non essendo necessaria un'ulteriore domanda o il consenso delle altre parti.

⁵⁰⁸ Che devono ricorrere congiuntamente.

⁵⁰⁹ Il comma 2-*decies* è stato introdotto dall'art. 8 d.lgs. n. 53 del 2010.

⁵¹⁰ Chiarisce F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, *op. cit.*, 759-760, che l'obbligatoria pubblicazione del dispositivo consente alla parte di proporre appello avverso il dispositivo per ottenere la sospensione prima della pubblicazione della sentenza.

⁵¹¹ M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, *op. cit.*

⁵¹² Chiarisce R. DE NICTOLIS, *Il rito abbreviato comune a determinate materie nel nuovo codice del processo amministrativo*, *op. cit.*, che la regola dell'anticipata pubblicazione del dispositivo è dettata da ragioni di economia processuale, difatti lo scopo di pubblicare tempestivamente il dispositivo, prima della motivazione, "è di cristallizzare la decisione, impedendo ripensamenti, e di consentire l'immediata formazione di un titolo esecutivo". Cfr. ancora sul punto F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, *op. cit.*, 759 ss., il quale aggiunge che la tempestiva pubblicazione del dispositivo risponde anche alla *ratio* di favorire la rapida pubblicazione della motivazione ed assicurare una celere tutela cautelare alla parte soccombente.

⁵¹³ Come spiega M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, *op. cit.*, tale certezza "si considera sempre di interesse pubblico ed è indisponibile dalle parti", tenendo anche conto che, in assenza di un provvedimento cautelare, la pubblicazione del dispositivo corrisponde alla cessazione degli effetti dello *standstill period* processuale.

⁵¹⁴ M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, *op. cit.* In senso parzialmente diverso sembra esprimersi F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, *op. cit.*, 760, il quale sottolinea che l'esigenza di dare immediata conoscenza dell'esito del giudizio sembra particolarmente

Un differente regime di pubblicazione del dispositivo sussisteva anche all'interno dello stesso art. 120 c.p.a., rispettivamente, tra primo e secondo grado. Difatti, per il giudizio d'appello non trovava applicazione la regola stabilita all'art. 120, co. 9, c.p.a., bensì quella prevista dall'art. 119, co. 5, c.p.a., dal momento che l'art. 120, co. 11, c.p.a. non menzionava tra le disposizioni applicabili in grado d'appello anche il comma 9 del detto art. 120.

La scelta del legislatore di differenziare la disciplina tra primo e secondo grado era, secondo alcuni, giustificata dalla particolare urgenza che caratterizza maggiormente il giudizio di primo grado, soprattutto se si ha riguardo all'effetto sospensivo automatico. Difatti, l'esigenza di garantire una celere definizione della controversia emergerebbe solo in primo grado, dal momento che, in assenza di una pronuncia cautelare, lo *standstill period* processuale dura sino alla pubblicazione del dispositivo della sentenza; mentre, nel giudizio d'appello, una tale esigenza di celerità non sarebbe avvertita⁵¹⁵, pertanto, è onere delle parti chiedere l'anticipata pubblicazione del dispositivo. In difetto di tale richiesta, il giudice d'appello, non essendo pressato dalla necessità di pubblicare tempestivamente il dispositivo, avrà l'opportunità di decidere con più serenità, ponderando meglio la propria decisione⁵¹⁶.

In definitiva, l'obbligo di pubblicare anticipatamente il dispositivo, originato dall'esigenza di cristallizzare definitivamente la decisione del giudice, impedendo eventuali ripensamenti e consentendo una pronta tutela cautelare alla parte soccombente, valeva solo per il giudizio di primo grado, ma non era applicabile in grado d'appello.

avvertita nel rito in materia di appalti pubblici ove tale rapidità è funzionale alle parti che possono immediatamente orientare le proprie scelte processuali.

⁵¹⁵ Avverte M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, op. cit., che il diverso regime della pubblicazione del dispositivo si collega “al particolare meccanismo dello ‘stand-still’. L’esigenza di una rapida definizione della controversia emergerebbe solo nel giudizio dinanzi al tribunale, mentre non sarebbe ipotizzabile in secondo grado – risolvendosi l’impedimento ex lege alla stipulazione del contratto comunque con la definizione del giudizio cautelare o di merito in primo grado – si è preferito non estendere una tale disposizione speciale al giudizio di ultimo grado”. Osserva infatti F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, op. cit., 761, che l’esigenza di impedire la stipula del contratto potrebbe avverarsi anche in appello “ad esempio quando il Consiglio di Stato abbia accolto un appello cautelare e abbia sospeso la sentenza del TAR di reiezione del ricorso”.

⁵¹⁶ Cfr. R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, op. cit. E, ancora, M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, op. cit., il quale rileva che evidentemente le ragioni del diverso regime della pubblicazione tra primo e secondo grado derivano dalla opportunità di concedere “al giudice dell’impugnazione un margine di ripensamento maggiore di quello consentito al TAR”.

4.4.1. (Segue) La particolare disciplina dell'anticipata pubblicazione del dispositivo su istanza di parte alla luce delle modifiche del 2014 e del 2016.

Nonostante parte della dottrina⁵¹⁷, rilevando gli aspetti critici legati ad una differenziazione della suddetta normativa tra primo e secondo grado⁵¹⁸, auspicasse ad un'uniformazione della disciplina, nel senso di estendere la regola dell'obbligatorietà della pubblicazione del dispositivo anche in appello, il D.L. n. 90 del 2014 modifica l'art. 120, co. 9, c.p.a., subordinando la tempestiva pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado ad una istanza di parte.

Il novellato art. 120, co. 9, c.p.a., stabiliva⁵¹⁹ che il Tar “deposita la sentenza con la quale definisce il giudizio entro trenta giorni dall'udienza di discussione, ferma restando la possibilità di chiedere l'immediata pubblicazione del dispositivo entro due giorni”.

Dunque, la disposizione andava letta nel senso che ciascuna parte poteva chiedere l'anticipata pubblicazione del dispositivo e, in tal caso, il giudice era vincolato a pubblicarlo entro due giorni dalla data dell'udienza di discussione. Secondo parte della dottrina si trattava, invero, di una disposizione linguisticamente poco corretta, difatti, ad essere precisi, l'immediata pubblicazione del dispositivo è cosa diversa dalla pubblicazione dello stesso entro due giorni⁵²⁰.

Tuttavia, tale difetto linguistico viene corretto dall'art. 204, co. 1, lett. g), d.lgs. n. 50 del 2016, che sostituisce la locuzione “ferma restando la possibilità di chiedere l'immediata pubblicazione del dispositivo entro due giorni”, con la seguente: “le parti possono chiedere l'anticipata pubblicazione del dispositivo, che avviene entro due giorni dall'udienza”⁵²¹.

In disparte la non chiara formulazione della norma quando utilizza il termine “parti” declinato al plurale, ma che va inteso nel senso che ciascuna parte, separatamente, può chiedere l'anticipata

⁵¹⁷ R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, op. cit., parteggia per la soluzione unitaria dell'obbligatorietà della pubblicazione del dispositivo nei giudizi di primo grado e in appello, così come prevedeva l'art. 23-bis L. Tar. Osserva l'Autrice che, di solito, l'urgenza permane anche nei giudizi d'impugnazione, “e non di rado tra pubblicazione del dispositivo e pubblicazione della sentenza intercorrono svariati mesi”.

⁵¹⁸ Osserva correttamente M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, op. cit., che il c.p.a. presenta una disciplina farraginoso, incoerente, proprio “in questa parte così importante, riguardante la formazione della certezza legale della decisione del giudice”, “contraddicendo la linea di chiarezza e semplificazione che pervade tutto il disegno di riforma della giustizia amministrativa”.

⁵¹⁹ La normativa introdotta dal D.L. n. 90 del 2014 si applica ai ricorsi depositati a decorrere dal 26 giugno 2014.

⁵²⁰ Difatti, osserva R. DE NICTOLIS, *Il rito degli appalti pubblici dopo il D.L. 90/2014*, op. cit., che non avrebbe avuto senso logico un'interpretazione letterale, secondo cui “la parte chiede, entro due giorni, l'immediata pubblicazione del dispositivo”. Tuttavia, “a voler cavillare, immediata pubblicazione e due giorni di tempo per la pubblicazione non sono esattamente la stessa cosa”.

⁵²¹ Pertanto, a seguito della novella del 2016, l'art. 120, co. 9, primo periodo, c.p.a., dispone: “Il Tribunale amministrativo regionale deposita la sentenza con la quale definisce il giudizio entro trenta giorni dall'udienza di discussione; le parti possono chiedere l'anticipata pubblicazione del dispositivo, che avviene entro due giorni dall'udienza”.

pubblicazione del dispositivo⁵²², ciò che rileva è la precisazione che il dispositivo non è pubblicato immediatamente, ma entro due giorni dall'udienza⁵²³.

Dunque, il legislatore del 2014, seguito da quello del 2016⁵²⁴, avvicina la disciplina prevista dall'art. 120, co. 9, c.p.a. a quella stabilita dall'art. 119, co. 5 e 7, c.p.a., per il primo e secondo grado, nonché prevista per il giudizio d'appello nel rito in materia di appalti pubblici, ma con delle differenze.

Secondo l'opzione interpretativa accolta da una parte della dottrina, a seguito della novella dell'art. 120, co. 9, c.p.a., per cui la pubblicazione del dispositivo è subordinata anche per il primo grado ad un'istanza di parte, per quanto concerne i presupposti che legittimano l'anticipata pubblicazione del dispositivo occorre far riferimento all'art. 119, co. 5, c.p.a. Pertanto, il giudice è vincolato alla tempestiva pubblicazione del dispositivo qualora almeno una delle parti dichiarerà espressamente in udienza di discussione di avervi interesse e la relativa dichiarazione sia attestata nel verbale⁵²⁵.

Tuttavia, rispetto al comma 5 dell'art. 119 c.p.a., l'art. 120, co. 9, c.p.a. si differenzia per la riduzione del termine di pubblicazione del dispositivo da sette a due giorni⁵²⁶ e per il *dies a quo* di decorrenza del predetto termine, computabile non più “dalla decisione della causa”⁵²⁷, bensì dall'udienza di discussione.

⁵²² Si tratta di affermazioni attribuibili a M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e 'precontenziosa' nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, in *www.federalismi.it*, 2016, 2 ss. Ad essere precisi l'Autore si riferisce al secondo periodo introdotto dall'art. 204, co. 1, lett. g), d.lgs. n. 50 del 2016, all'art. 120, co. 9, c.p.a., riguardante non il rito speciale *ex art. 120 c.p.a.*, bensì il rito “super-speciale” *ex art. 120, co. 2-bis e 6-bis, c.p.a.* (di cui si terrà conto nel Capitolo IV della presente trattazione). Tuttavia, l'analoga formulazione della disposizione consente di estendere quanto affermato per il rito “super-speciale” anche al rito speciale in materia di appalti pubblici, difatti, sia il comma 9, primo periodo, che il comma 9, secondo periodo, utilizzano il termine “parti” declinato al plurale.

⁵²³ R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato. Aggiornato con il D.L. 31 agosto 2016, n. 168, convertito in L. 25 ottobre 2016, n. 197 e con il D.L. 17 febbraio 2017, n. 13*, Milano, 2017, 2188, afferma che a seguito della correzione del difetto linguistico ad opera dell'art. 204 d.lgs. n. 50 del 2016, è ora chiaro “che il termine di 2 giorni è previsto per la pubblicazione del dispositivo”.

⁵²⁴ Che comporta, come visto, una riscrittura dell'art. 120, co. 9, c.p.a. per renderlo maggiormente intellegibile, ma l'introduzione della regola dell'anticipata pubblicazione del dispositivo su istanza di parte con la riduzione del termine di pubblicazione del deposito da sette a due giorni, decorrenti dall'udienza, era già avvenuta ad opera del D.L. n. 90 del 2014, convertito nella L. n. 114 del 2014. Dunque, l'art. 204, co. 1, lett. i), d.lgs. n. 50 del 2016, comporta solo una correzione del difetto linguistico presente nella disposizione precedente. È, invece, importante per aver introdotto all'art. 120, co. 9, c.p.a. un secondo periodo attinente al rito avverso le ammissioni ed esclusioni dalla gara che sarà oggetto di approfondimento nel Capitolo IV.

⁵²⁵ A seguito della modifica introdotta dal D.L. n. 90 del 2014 al comma 9 dell'art. 120 c.p.a., poiché la regola diventa, anche per il primo grado, l'anticipazione della pubblicazione del dispositivo su richiesta di parte, appariva necessario coordinare l'art. 120, co. 9, c.p.a., con l'art. 119, co. 5, c.p.a. Pertanto, si applicano gli stessi presupposti previsti dall'art. 119, co. 5, c.p.a. che legittimano la tempestiva pubblicazione del dispositivo: una delle parti, nell'udienza di discussione, deve dichiarare espressamente di avere interesse alla pubblicazione anticipata del dispositivo medesimo. Cfr. più ampiamente R. DE NICTOLIS, *Il rito degli appalti pubblici dopo il D.L. 90/2014, op. cit.*; ID., *Codice del processo amministrativo commentato. Aggiornato con il D.L. 31 agosto 2016, n. 168, convertito in L. 25 ottobre 2016, n. 197 e con il D.L. 17 febbraio 2017, n. 13, op. cit.*, 2187 ss.

⁵²⁶ Anche secondo l'originaria versione dell'art. 120, co. 9, c.p.a. - così come per l'art. 119, co. 5, c.p.a. - che, si ricorda, prevedeva la regola opposta dell'obbligatoria pubblicazione del dispositivo a prescindere da un'istanza di parte, il termine per l'anticipata pubblicazione del dispositivo era di sette giorni, decorrenti “dalla data della sua deliberazione”.

⁵²⁷ Specifica R. DE NICTOLIS, *Il rito degli appalti pubblici dopo il D.L. 90/2014, op. cit.*, vale a dire “non più dal passaggio della causa in decisione”.

Tale riduzione è stata oggetto di critiche⁵²⁸, in quanto, pur trattandosi di un termine ordinatorio, non sembra tener conto della complessità che caratterizza le liti in materia di appalti pubblici, difficilmente definibili in due giorni. Tuttavia, trattandosi di una regola la cui doverosità scatta solo se vi sia un'apposita richiesta di parte, in difetto di essa, il giudice sarà libero di decidere con maggiore ponderazione, potendo usufruire di un più congruo spazio temporale.

Si osservi che un regime differenziato della pubblicazione del dispositivo tra primo e secondo grado nel rito in materia di appalti pubblici permane anche a seguito delle novelle del 2014 e del 2016.

Difatti, da ultimo, l'art. 204, co. 1, lett. h), d.lgs. n. 50 del 2016, modifica l'art. 120, co. 11, c.p.a. includendo tra le disposizioni applicabili in appello il co. 9, secondo periodo, del detto art. 120, riguardante il nuovo rito "super-speciale" in materia di appalti pubblici, ma non menziona il co. 9, primo periodo, così come novellato nel 2016, concernente, invece, il rito speciale.

Di conseguenza, la nuova regola prevista all'art. 120, co. 9, c.p.a., introdotta dalla novella del 2014, e ulteriormente specificata dal legislatore del 2016, è applicabile per il rito "super-speciale" ex art. 120, co. 2-bis e 6-bis, c.p.a.⁵²⁹ sia in primo grado che in appello⁵³⁰; mentre, per il rito speciale risulta applicabile solo in primo grado⁵³¹.

Difatti, nel giudizio d'appello, non essendo richiamato il comma 9, primo periodo, dell'art. 120 c.p.a. dal novellato comma 11 del detto art. 120, trova applicazione la disciplina descritta dall'art. 119, co. 5, c.p.a. che, come spiegato, se da un lato prevede la stessa regola dell'anticipata pubblicazione del dispositivo su istanza di parte, dall'altro stabilisce un termine diverso rispetto all'art. 120, co. 9, c.p.a. per durata e decorrenza.

Pertanto, la disciplina attuale prescrive un diverso regime di pubblicazione tra primo e secondo grado per il rito speciale in materia di appalti pubblici.

In definitiva, se i presupposti che legittimano la pubblicazione anticipata del dispositivo sono i medesimi sia in primo grado che in appello, differenze sussistono riguardo alla durata e alla decorrenza del termine di pubblicazione del dispositivo medesimo: due giorni, decorrenti dall'udienza per il giudizio di primo grado (art. 120, co. 9, primo periodo, c.p.a.); sette giorni

⁵²⁸ Cfr. ancora R. DE NICTOLIS, *Il rito degli appalti pubblici dopo il D.L. 90/2014, op. cit.*; ID., *Codice del processo amministrativo commentato. Aggiornato con il D.L. 31 agosto 2016, n. 168, convertito in L. 25 ottobre 2016, n. 197 e con il D.L. 17 febbraio 2017, n. 13, op. loc. ult. cit.*

⁵²⁹ Per la cui disciplina cfr. *infra* Capitolo IV.

⁵³⁰ Pertanto, chiarisce R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato. Aggiornato con il D.L. 31 agosto 2016, n. 168, convertito in L. 25 ottobre 2016, n. 197 e con il D.L. 17 febbraio 2017, n. 13, op. cit.*, 2189, che nel rito "super-speciale" anche in grado d'appello il dispositivo, su richiesta di parte, sarà pubblicato entro due giorni e non sette come prevede l'art. 119, co. 5, c.p.a.

⁵³¹ Difatti, non essendo richiamato il comma 9, primo periodo, dell'art. 120 c.p.a. anche per il giudizio d'appello (comma 11 del detto art. 120), si deve concludere che in secondo grado si applica la disciplina di cui all'art. 119, co. 5, c.p.a., ossia il termine di pubblicazione del dispositivo è di sette e non di due giorni e decorre dal passaggio in decisione della causa e non dall'udienza.

decorrenti dal passaggio della causa in decisione per il giudizio d'appello (essendo applicabile l'art. 119, co. 5, c.p.a.).

4.5. Il differente regime del termine per la redazione e pubblicazione (deposito) della sentenza tra giudizio di primo grado e giudizio di appello.

L'originaria versione dell'art. 120 c.p.a. non conteneva un'espressa disposizione che si riferisse al termine di redazione della sentenza. Pertanto, ai sensi del rinvio operato dall'art. 120, co. 3, c.p.a.⁵³², trovava applicazione l'art. 119, co. 2, c.p.a. che prescrive il dimezzamento di tutti i termini processuali, salvo le ipotesi in esso contemplate.

Ebbene, per quanto concerne il rito in materia di appalti pubblici, sia in primo che in secondo grado, si applicava l'art. 89 c.p.a. con il dimezzamento dei termini processuali. In altri termini, la sentenza doveva essere redatta non oltre ventitreesimo giorno⁵³³ da quello della decisione della causa e, ai sensi del comma 2 del detto art. 89⁵³⁴, resa pubblica immediatamente mediante deposito nella segreteria del giudice che l'ha pronunciata⁵³⁵.

Tuttavia, il D.L. n. 90 del 2014, come modificato dalla L. n. 114 del 2014, novella il comma 9 dell'art. 120 c.p.a., aggiungendo un primo periodo: "il Tribunale amministrativo regionale deposita la sentenza con la quale definisce il giudizio entro trenta giorni dall'udienza di discussione"⁵³⁶.

Se in prima battuta può sembrare che la novella del 2014 abbia ampliato il termine da ventitré a trenta giorni, a ben vedere lo ha abbreviato. Difatti, esso non decorre più dal passaggio della causa in decisione, bensì dall'udienza e, inoltre, dalla formulazione dell'art. 120, co. 9, c.p.a. si deduce che la sentenza, entro il termine di trenta giorni, non solo va redatta, ma anche pubblicata⁵³⁷.

⁵³² Secondo cui salvo quanto previsto dall'art. 120 c.p.a., si applica l'art. 119 c.p.a. Si tratta, tuttavia, di un rinvio pleonastico. Sul punto si rinvia a quanto esposto *supra* par. 1 e ss.

⁵³³ E non quarantacinque come prescrive l'art. 89 c.p.a., a causa del dimezzamento dei termini processuali *ex art.* 119, co. 2, c.p.a. Lo stesso accadeva sotto la vigenza dell'art. 245 d.lgs. n. 163 del 2006: in virtù del rinvio operato dal comma 2-bis dell'art. 245 all'art. 23-bis, L. Tar, per la redazione della sentenza il termine ordinario di quarantacinque giorni veniva ridotto a ventitré. Cfr. sul punto R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, *op. cit.*

⁵³⁴ L'art. 89, co. 2, c.p.a. dispone: "La sentenza, che non può più essere modificata dopo la sua sottoscrizione, è immediatamente resa pubblica mediante deposito nella segreteria del giudice che l'ha pronunciata".

⁵³⁵ Conclude l'art. 89, co. 3, c.p.a.: "Il segretario dà atto del deposito in calce alla sentenza, vi appone la data e la firma ed entro cinque giorni ne dà comunicazioni alle parti costituite".

⁵³⁶ Il primo periodo dell'art. 120, co. 9, c.p.a. continua: "le parti possono chiedere l'anticipata pubblicazione del dispositivo, che avviene entro due giorni dall'udienza". Per la spiegazione di tale periodo cfr. *supra* par. precedente.

⁵³⁷ Mentre l'art. 89, co. 1, c.p.a. fissa un termine che concerne la redazione della sentenza, il termine fissato dall'art. 120, co. 9, c.p.a. si riferisce, invece, al deposito. La redazione si differenzia dal deposito. Chiarisce infatti R. DE NICTOLIS, *Il rito degli appalti pubblici dopo il D.L. 90/2014*, *op. cit.*, che per redazione s'intende "che il giudice relatore trasmetta (con il sistema informatico) la minuta al Presidente, e che il Presidente riveda la minuta e la trasmetta in segreteria. Il deposito, invece, implica la pubblicazione della sentenza (art. 89, comma 2 c.p.a.)". In altri termini, il deposito rappresenta un adempimento successivo alla redazione della sentenza. Pertanto, il termine di ventitré giorni previsto dall'art. 120, co. 9, c.p.a. è più breve di quello previsto dall'art. 89, co. 1, c.p.a., dal momento che non solo decorre dall'udienza e non dal passaggio della causa in decisione, ma comprende non solo la redazione della sentenza, ma anche il suo deposito, vale a dire la pubblicazione della sentenza che rappresenta l'adempimento finale che precede la comunicazione ai destinatari ad opera della segreteria. Afferma efficacemente l'Autrice che il termine di trenta giorni

Dunque, cambiano il *dies a quo* di decorrenza del termine⁵³⁸ e gli adempimenti richiesti. Difatti, entro il termine di trenta giorni devono rientrare anche gli adempimenti successivi alla redazione della sentenza che attengono alla pubblicazione della stessa ad opera del segretario e che comportano, inevitabilmente, una abbreviazione del termine attualmente previsto che, ad una lettura superficiale della disposizione, era apparso più lungo del precedente.

In altri termini, l'attuale disciplina impone che nel termine di trenta giorni non ci sia solo l'adempimento previsto all'art. 89, co. 1, c.p.a., vale a dire la redazione della sentenza, ma anche quello successivo della pubblicazione della stessa in base a quanto stabilito dall'art. 89, co. 2, c.p.a. Così come è accaduto per la regola dell'anticipata pubblicazione del dispositivo, anche in questo caso il D.L. n. 90 del 2014 introduce un regime differenziato tra primo e secondo grado. Difatti, l'art. 120, co. 11, c.p.a. non menziona tra le disposizioni applicabili nei giudizi d'impugnazione, anche a seguito della novella del 2016, il comma 9, primo periodo, del detto art. 120 c.p.a., pertanto, in grado di appello permane la regola previgente.

Ebbene, nel rito in materia di appalti pubblici in primo grado si applica la disciplina stabilita dall'art. 120, co. 9, c.p.a., ossia la sentenza va pubblicata entro un termine di trenta giorni decorrente dall'udienza di discussione; mentre, in appello, non essendo stato menzionato dall'art. 120, co. 11, c.p.a. il comma 9, primo periodo, del detto art. 120, per effetto dell'art. 119, co. 2, c.p.a. si applicano i termini dimezzati previsti dall'art. 89 c.p.a., vale a dire il termine di ventitré giorni per la redazione e non per la pubblicazione della sentenza, decorrente dal passaggio della causa in decisione⁵³⁹.

è più breve di quello di ventitré, in quanto, entro tale termine “la sentenza va pubblicata. E non solo redatta, quindi in tale termine rientrano gli adempimenti successivi alla redazione da parte del giudice, che afferiscono alla pubblicazione a cura del segretario”.

⁵³⁸ La regola stabilita in via generale dall'art. 89, co. 1, c.p.a., prevede che il termine per la redazione della sentenza decorra da quando il collegio delibera in camera di consiglio e non, come prevede il novellato art. 120, co. 9, c.p.a., dall'udienza di discussione. È pertanto evidente che il termine di trenta giorni apparentemente più lungo, è in realtà più breve di quello precedente, dal momento che decorre dall'udienza di discussione e non dal passaggio in decisione della causa. A ciò si aggiunga che la nuova disciplina impone che in tale termine debba avvenire non solo la redazione della sentenza, ma anche la sua pubblicazione, con ulteriore abbreviazione del termine in esame. Osserva sul punto R. DE NICTOLIS, *Il rito degli appalti pubblici dopo il D.L. 90/2014, op. cit.*; ID., *Codice del processo amministrativo commentato. Aggiornato con il D.L. 31 agosto 2016, n. 168, convertito in L. 25 ottobre 2016, n. 197 e con il D.L. 17 febbraio 2017, n. 13, op. cit.*, 2190, che normalmente l'udienza di discussione e decisione della causa coincidono. Tuttavia, “può verificarsi uno sfalsamento se il collegio, che delibera dopo l'udienza di discussione, ha in prosieguo un ripensamento e riporta la causa sul ruolo in decisione: è la c.d. doppia camera di consiglio”. Tale prassi non comporta problemi “se la doppia camera di consiglio si fa a distanza ravvicinatissima e non impedisce che la decisione sia presa entro il termine di 20 giorni. Ma ove ciò fosse impossibile, per rispettare la regola che ancora il *dies a quo* della decisione alla udienza di discussione, occorrerà che il meccanismo della doppia camera di consiglio sia accompagnato dalla doppia udienza. Ossia, se il collegio ha, dopo la prima deliberazione, un dubbio che impone di riunire nuovamente il collegio in camera di consiglio, dovrà anche fissarsi una nuova udienza di discussione con l'invito alle parti a partecipare. Non sembra che questo *modus operandi* trovi ostacolo nella legge, che non impone che ci sia una sola udienza di discussione, sebbene questa dovrebbe essere la regola tendenziale”.

⁵³⁹ Il successivo adempimento del deposito è disciplinato dall'art. 89, co. 2, c.p.a.

Dunque, in primo grado, a seguito della novella del 2014, la redazione e la pubblicazione della sentenza avvengono in un arco temporale minore rispetto a quanto statuito per il giudizio d'appello. In altri termini, il novellato comma 9 dell'art. 120 c.p.a. sembra accentuare le esigenze di celerità che caratterizzano il rito in esame⁵⁴⁰, creando una sperequazione tra la disciplina prevista, rispettivamente, in primo grado e in appello per quanto concerne i termini di pubblicazione del dispositivo⁵⁴¹ e della sentenza, che appare, invero, poco ragionevole.

In definitiva, la nuova disciplina concede al giudice uno *spatium temporis* minore, rispetto alla normativa precedente ed ora applicabile solo in grado d'appello, per redigere la sentenza⁵⁴², imponendo una celerità che forse influisce negativamente sulla decisione ponderata e completa della causa, considerando la complessità che spesso caratterizza la risoluzione delle controversie in materia di appalti pubblici.

4.6. Il principio di sinteticità e chiarezza degli atti di parte e la sua attuazione nel rito in materia di appalti pubblici. L'estensione della regola dei limiti dimensionali a tutto il processo amministrativo.

L'art. 245, co. 2-undecies, d.lgs. n. 163 del 2006 recitava: "tutti gli atti di parte devono essere sintetici". Tale regola viene trasfusa nell'art. 120, co. 10, c.p.a. che la estende anche ai provvedimenti del giudice⁵⁴³.

Si tratta, tuttavia, di una regola quasi ultronea, in quanto il c.p.a. ha previsto all'art. 3, co. 2, c.p.a.⁵⁴⁴ la sinteticità degli atti, a cui vi ha aggiunto la chiarezza, come principio generale⁵⁴⁵ e dunque applicabile anche al rito appalti.

⁵⁴⁰ Osserva R. DE NICTOLIS, *Il rito degli appalti pubblici dopo il D.L. 90/2014, op. cit.*; ID., *Codice del processo amministrativo commentato. Aggiornato con il D.L. 31 agosto 2016, n. 168, convertito in L. 25 ottobre 2016, n. 197 e con il D.L. 17 febbraio 2017, n. 13, op. cit.*, 2191, che se sotto la vigenza della regola dell'obbligatoria pubblicazione del dispositivo, prevista dall'art. 120, co. 9, c.p.a., inizialmente non fu richiamata intenzionalmente dall'art. 120, co. 11, c.p.a., per evitare che la stessa regola si applicasse anche nei giudizi d'appello ove non si avvertivano analoghe esigenze di urgenza; ora, però, l'art. 120, co. 9, c.p.a. non si occupa più solo di pubblicazione del dispositivo, ma anche di termine di pubblicazione della sentenza, pertanto, una sperequazione tra la disciplina in primo grado e in appello per quanto concerne i termini di pubblicazione del dispositivo e della sentenza appare poco ragionevole.

⁵⁴¹ Cfr. *supra* par. precedente.

⁵⁴² Dovendo la sentenza, nel termine di trenta giorni, non solo essere redatta ma anche pubblicata.

⁵⁴³ Ai sensi dell'art. 120, co. 10, c.p.a.: "tutti gli atti di parte e i provvedimenti del giudice devono essere sintetici".

⁵⁴⁴ Per un commento all'art. 3, co. 2, c.p.a. cfr. M. SANINO, *La «sinteticità» degli atti nel processo amministrativo: è davvero una novità?*, in *Foro it.*, 2015, V, 379; A. GIUSTI, *Principio di sinteticità e abuso del processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 2014, 149 ss.

⁵⁴⁵ Chiarisce, difatti, R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo, op. cit.*, che la sinteticità degli atti di parte non rappresenta una mera regola, bensì un vero e proprio principio, che costituisce "l'immediato corollario dei canoni di celerità, ragionevole durata, *clare loqui*, e che può considerarsi una specificazione del principio di economia processuale". Che si tratti di un principio è confermato dal c.p.a. che "espressamente colloca la sinteticità tra i principi generali del processo amministrativo" e all'art. 3, co. 2, statuisce: "Il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica, secondo quanto disposto dalle norme di attuazione". E ancora ID., *Il rito degli appalti pubblici dopo il D.L. 90/2014, op. cit.*, aggiunge che il principio generale di sinteticità degli atti stabilito all'art. 3, co. 2, c.p.a. è stato ribadito per il rito appalti all'art. 120, co. 10, c.p.a.

Già dalla collocazione sistematica della disposizione - ossia in apertura del Libro I, Capo I, del c.p.a., dedicato ai principi generali⁵⁴⁶, subito dopo il principio di effettività (art. 1)⁵⁴⁷ e del giusto processo (art. 2) - si evince l'importanza riservata al principio di chiarezza e sinteticità degli atti di parte e del giudice.

Tale principio⁵⁴⁸ è espressione del più ampio principio di economia processuale e rappresenta un mezzo per realizzare gli obiettivi della celerità, della ragionevole durata del processo, della qualità e della chiarezza delle decisioni⁵⁴⁹, in sintesi di tutti quei principi che possono considerarsi alla base del giusto processo⁵⁵⁰.

Dunque, l'art. 3, co. 2, c.p.a., statuendo che "il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica", rispetto all'art. 245, co. 2-*undecies*, d.lgs. cit., estende la sinteticità anche agli atti del giudice e, inoltre, aggiunge alla sinteticità l'esigenza di chiarezza. Quest'ultima esigenza, seppur non espressamente menzionata nell'art. 120, co. 10, c.p.a., si deve ritenere applicabile anche per il rito appalti, data la sua previsione a livello generale nell'art. 3, co. 2, c.p.a.

Ebbene, la chiarezza si pone come una specificazione necessaria, dal momento che non sempre un atto sintetico è un atto chiaro. È pertanto richiesto al giudice e alle parti di individuare la giusta dimensione del proprio atto sia scritto che orale, coniugando la chiarezza con la sinteticità⁵⁵¹.

In altri termini, se da un lato la disposizione in commento prescrive che gli atti processuali devono essere chiari, dall'altro pone un limite dimensionale degli stessi imponendone la sinteticità.

⁵⁴⁶ Per un'attenta disamina dei principi generali cfr. G. PAOLO CIRILLO, *I principi generali del processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di ID., 2017, 15 ss.; M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, *op. cit.*, 196 ss.

⁵⁴⁷ Per un approfondimento del principio di effettività a livello europeo cfr. il Capitolo I della presente trattazione. Anche nell'ordinamento italiano il principio *de quo* assume la valenza di diritto ad un rimedio effettivo e, per dirlo con le parole di G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, 39 ss., un processo può essere definito effettivo qualora dia "per quanto è possibile a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha il diritto di conseguire" sul piano del diritto sostanziale. Tale principio è desumibile dagli artt. 24, 103, 111, 113 Cost., mentre, a livello di legislazione ordinaria, è codificato all'art. 1 della L. n. 241 del 1990, nonché all'art. 1 c.p.a. Cfr., senza pretesa di esaustività, P.M. ZERMAN, *L'effettività della tutela nel Codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; E. PICOZZA, *L'effettività della tutela e l'impatto del diritto comunitario sul processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 797 ss.; R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato. Aggiornato con il D.L. 31 agosto 2016, n. 168, convertito in L. 25 ottobre 2016, n. 197 e con il D.L. 17 febbraio 2017, n. 13, op. cit.*, 3 ss.

⁵⁴⁸ Che costituisce una novità, in quanto sino all'introduzione del c.p.a. la sinteticità e la chiarezza per gli atti di parte non erano state imposte né per il processo amministrativo e né per il processo civile. Cfr. sul punto R. DE NICTOLIS, *Il rito degli appalti pubblici dopo il D.L. 90/2014, op. cit.*

⁵⁴⁹ Secondo R. DE NICTOLIS, *La sinteticità degli atti di parte e del giudice nel processo amministrativo, op. cit.*, il principio in esame è espressione del più ampio principio di economia processuale e rappresenta un mezzo "per dare ausilio agli obiettivi della ragionevole durata del processo, dell'abbattimento dell'arretrato, della qualità delle decisioni, e del processo telematico".

⁵⁵⁰ Per un'analisi del giusto processo e dei suoi corollari cfr. F.G. SCOCA, *I principi del giusto processo*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di ID., 2014, 161 ss.

⁵⁵¹ Cfr. in argomento R. DE NICTOLIS, *La sinteticità degli atti di parte e del giudice nel processo amministrativo, op. cit.*; ID., *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo, op. cit.* Fornisce alcune linee guida per effettuare un giusto bilanciamento tra chiarezza e sinteticità degli atti e, dunque, su come interpretare l'art. 3, co. 2, c.p.a., P. DE LISE, *Comunicazione del Presidente del CdS sulla sinteticità dei ricorsi*, in www.giustizia-amministrativa.it

Tuttavia, se il Consiglio di Stato in una recente pronuncia⁵⁵² considera il principio di sinteticità degli atti un mezzo per realizzare una giustizia rapida ed efficace⁵⁵³, non manca in dottrina chi ritiene che il principio in esame, forse più degli altri, esprime la difficoltà di bilanciare da un lato le esigenze di tutela e il diritto di difesa e, dall'altro, le esigenze di celerità⁵⁵⁴.

Appare evidente, infatti, che la sinteticità di un atto di parte o del giudice, espressione dell'esigenza di rapidità, non sempre può tutelare efficacemente la parte processuale, determinando una lesione dell'esercizio del diritto di difesa e, in termini più ampi, del principio di effettività della tutela giurisdizionale. Si tratta di uno dei casi in cui la giustizia potrebbe essere rapida ma non efficace⁵⁵⁵. Dunque, la sinteticità pone un limite di estensione degli atti processuali, tuttavia solo nel 2014, e da ultimo nel 2016, il legislatore ha dato un contenuto concreto al principio in esame, fissando limiti quantitativi agli atti di parte.

Si deve, infatti, al D.L. n. 90 del 2014, convertito nella L. n. 114 del 2014, il merito di aver disciplinato l'attuazione del principio in esame, modificando l'art. 120, co. 6, c.p.a., rinviando ad un futuro decreto del Presidente del Consiglio di Stato la fissazione dei limiti dimensionali del ricorso e degli atti difensivi, nonché la loro regolamentazione⁵⁵⁶.

Tali limiti dimensionali, unitamente alle modalità di superamento degli stessi, sono stati fissati con decreto del Presidente del Consiglio di Stato (di seguito d.P.C.S.) adottato il 25 maggio 2015⁵⁵⁷. Si tratta di un atto molto importante, in quanto attribuisce "un contenuto dimensionale specifico al principio di sinteticità"⁵⁵⁸.

Un'ulteriore rilevante novità è stata introdotta dal D.L. sulla giustizia n. 168 del 2016⁵⁵⁹ che ha novellato le disposizioni del c.p.a. e attraverso la trasposizione, con modifiche, della relativa

⁵⁵² Cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 luglio 2016, n. 3372, secondo cui la sinteticità, oltre che nell'art. 3, co. 2, c.p.a., è declinata in varie disposizioni codicistiche. Per maggiori dettagli cfr. R. DE NICTOLIS, *La sinteticità degli atti di parte e del giudice nel processo amministrativo*, op. cit.

⁵⁵³ Cfr. R. DE NICTOLIS, *La sinteticità degli atti di parte e del giudice nel processo amministrativo*, op. cit.

⁵⁵⁴ Cfr., fra gli altri, M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, op. cit., 216 ss.; M. NUNZIATA, *La sinteticità degli atti processuali di parte nel processo amministrativo: fra valore retorico e regola processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1327 ss.; A.G. PIETROSANTI, *Sulla violazione dei principi di chiarezza e sinteticità previsti dall'art. 3, comma 2, c.p.a.*, in *Foro amm. - Tar*, 2013, 11.

⁵⁵⁵ È un discorso che sarà sviluppato nel Capitolo successivo.

⁵⁵⁶ Cfr. sul punto R. DE NICTOLIS, *La sinteticità degli atti di parte e del giudice nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, la quale osserva che con la novella del 2014 il principio di sinteticità degli atti, limitatamente al contenzioso in materia di appalti pubblici, "è stato declinato in termini quantitativi puntuali, ancorché da fissarsi con un decreto del Presidente del Consiglio di Stato, e con un periodo di sperimentazione biennale sottoposto a monitoraggio dell'organo di autogoverno".

⁵⁵⁷ Si tratta del d.P.C.S., 25 maggio 2015, n. 40, pubblicato in G.U., Serie Generale n. 128 del 5 giugno 2015. In dottrina cfr. C. VOLPE, *Processo amministrativo: sintesi, ottemperanza e opposizione di terzo: tre temi caldi per i contratti pubblici*, in www.giustamm.it

⁵⁵⁸ R. DE NICTOLIS, *La sinteticità degli atti di parte e del giudice nel processo amministrativo*, op. cit.

⁵⁵⁹ Si tratta del D.L. 31 agosto 2016, n. 168, conv. Con modificazioni dalla L. 25 ottobre 2016, n. 197, recante "Misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di Cassazione, per l'efficienza degli uffici giudiziari, nonché per la giustizia amministrativa".

disciplina nelle norme di attuazione ha generalizzato la regola del rispetto dei limiti dimensionali degli atti di parte a tutto il processo amministrativo.

Più nello specifico, l'art. 7-bis, co. 2, lett. a), L. n. 197 del 2016 ha eliminato i periodi dell'art. 120, co. 6, c.p.a., dedicati alla declinazione concreta del principio di sinteticità degli atti, trasponendoli, con delle modifiche⁵⁶⁰, nell'allegato 2 al c.p.a., precipuamente all'art. 13-ter⁵⁶¹, rinviando l'abrogazione dei suddetti periodi alla data di entrata in vigore del d.P.C.S. deputato a fissare concretamente i limiti dimensionali degli atti di parte.

Per ragioni di sistematizzazione l'art. 7-bis, co. 1, lett. a), L. n. 197 del 2016 ha modificato anche l'art. 3, co. 2, c.p.a., aggiungendo la seguente locuzione: “secondo quanto disposto dalle norme di attuazione”⁵⁶².

Il d.P.C.S. a cui fa riferimento l'art. 13-ter, all. 2, c.p.a.⁵⁶³, è stato adottato il 22 dicembre 2016⁵⁶⁴ e ulteriormente modificato dal d.P.C.S. n. 127 del 16 ottobre 2017⁵⁶⁵.

4.6.1. (Segue) La redazione della sentenza in forma semplificata.

Nel paragrafo precedente si è discusso del principio della sinteticità e chiarezza collegato, essenzialmente, agli atti di parte. In questa sede si darà conto del principio di sinteticità in relazione agli atti del giudice e, dunque, delle tecniche di redazione della sentenza.

L'art. 120, co. 10, c.p.a.,⁵⁶⁶ dopo aver affermato che “tutti gli atti di parte e i provvedimenti del giudice devono essere sintetici”, continua statuendo “e la sentenza è redatta, ordinariamente, nelle forme di cui all'art. 74”.

⁵⁶⁰ Osserva M. DI DONNA, *Decreto sinteticità: cambiano i criteri di redazione e i limiti dimensionali degli atti nel processo amministrativo*, in www.quotidianogiuridico.it, che l'art. 13-ter, allegato 2 al c.p.a., ricalca quanto stabilito dall'art. 120, co. 6, c.p.a., eccetto che per il riferimento ai criteri di redazione, nonché ai limiti dimensionali. Tuttavia, l'ambito oggettivo delle due disposizioni è differente: mentre l'art. 120, co. 6, c.p.a. si applicava solo alle controversie in materia di appalti pubblici, attualmente l'art. 13-ter, “a tutti gli atti processuali, quale che sia il rito seguito”.

⁵⁶¹ Rubricato “*Sinteticità e chiarezza degli atti di parte*”.

⁵⁶² L'art. 3, co. 2, c.p.a., oggi dispone: “Il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica, secondo quanto disposto dalle norme di attuazione”.

⁵⁶³ Che avrebbe dovuto essere adottato entro il 31 dicembre 2016.

⁵⁶⁴ E pubblicato in G.U. n. 2 del 3 gennaio 2017.

⁵⁶⁵ Per una completa analisi del provvedimento, così come da ultimo modificato dal d.P.C.S. del 2017, si rinvia a M. DI DONNA, *Decreto sinteticità: cambiano i criteri di redazione e i limiti dimensionali degli atti nel processo amministrativo*, op. cit.

⁵⁶⁶ In senso analogo l'art. 245, co. 2-undecies, d.lgs. n. 163 del 2006, prescriveva: “e la sentenza che decide il ricorso è redatta, ordinariamente, in forma semplificata”.

L'art. 74 c.p.a. disciplina le ipotesi in cui, nel rito ordinario, il giudice può redigere la sentenza in forma semplificata⁵⁶⁷, che corrispondono a situazioni manifeste e, dunque, alle controversie di più semplice risoluzione⁵⁶⁸.

Ebbene, l'utilizzo del termine "ordinariamente" e il rinvio ai soli requisiti formali di cui all'art. 74 c.p.a. e non anche ai presupposti che legittimano l'adozione della sentenza in forma semplificata⁵⁶⁹ fanno concludere che nel rito in materia di appalti pubblici la sentenza è normalmente redatta in forma semplificata, a prescindere dall'esservi o meno una situazione manifesta e, dunque, dalla complessità della lite.

In altri termini, se nel rito ordinario si ricorre alla sentenza in forma semplificata solo per i casi più semplici, ossia si presuppone una situazione manifesta, nel giudizio in materia di appalti pubblici la sentenza in forma semplificata può essere sempre utilizzata, anche per la risoluzione di liti complesse⁵⁷⁰.

Pertanto, è come se la prospettiva fosse ribaltata tra rito ordinario e processo speciale: dalla formulazione dell'art. 120, co. 10, c.p.a., si desume che la sentenza in forma semplificata appare il modo "ordinario" di redigere la sentenza e non un'eccezione prevista in casi limitati. Dunque, se nel giudizio ordinario la sentenza è normalmente redatta secondo le regole ordinarie e solo eccezionalmente in forma semplificata; ne dovrebbe conseguire che, come in un gioco di specchi, anche nel rito in materia di appalti pubblici alla regola "ordinaria" della redazione della sentenza in forma semplificata sia prevista come eccezione la possibilità di redigerla in forma ordinaria.

Difatti, attenta dottrina⁵⁷¹ osserva che nelle controversie in materia di appalti pubblici la forma semplificata della sentenza non è imposta come regola esclusiva, ma solo come regola "ordinaria" e, pertanto, derogabile. Dunque, che la regola generale *in subiecta materia* consista nella redazione

⁵⁶⁷ Si osservi che la generalizzazione della forma semplificata era già stata introdotta dall'art. 20, co. 8, D.L. n. 185 del 2008, che, invero, aveva dato adito a dubbi interpretativi da parte degli interpreti per aver previsto la forma semplificata in termini assoluti. Cfr. sul punto M.A. SANDULLI, *Il processo amministrativo superaccelerato e i nuovi contratti ricorso-resistenti*, in www.federalismi.it, 2009.

⁵⁶⁸ Chiarisce R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato. Aggiornato con il D.L. 31 agosto 2016, n. 168, convertito in L. 25 ottobre 2016, n. 197 e con il D.L. 17 febbraio 2017, n. 13, op. cit.*, 2191, che nel rito ordinario la sentenza, per regola generale, deve essere sintetica, ma rispettare il modo "ordinario" di redazione della stessa. Tuttavia, l'art. 74 c.p.a. disciplina le ipotesi in cui la sentenza viene redatta in forma semplificata, vale a dire solo per i casi più semplici ove vi sia una situazione manifesta di irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso. L'Autrice spiega il significato di sentenza in forma semplificata, specificando che "per forma semplificata" s'intende "la possibilità di omettere la ricostruzione dei fatti e dei motivi di ricorso (rinviando per essi agli scritti di parte), concentrando la decisione nella sola motivazione. Inoltre la motivazione può essere sintetica, e essere costruita mediante rinvio a precedenti conformi o mediante esame delle sole questioni ritenute decisive e assorbenti". Difatti ai sensi dell'art. 74 c.p.a.: "la motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme".

⁵⁶⁹ Vale a dire le situazioni manifeste corrispondenti a casi di semplice soluzione. Cfr. *sub* nota precedente.

⁵⁷⁰ Cfr. R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato. Aggiornato con il D.L. 31 agosto 2016, n. 168, convertito in L. 25 ottobre 2016, n. 197 e con il D.L. 17 febbraio 2017, n. 13, op. cit.*, 2191-2192.

⁵⁷¹ R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato. Aggiornato con il D.L. 31 agosto 2016, n. 168, convertito in L. 25 ottobre 2016, n. 197 e con il D.L. 17 febbraio 2017, n. 13, op. cit.*, 2192.

della sentenza “ordinariamente” in forma semplificata, non esclude che il g.a. conservi la possibilità di redigere la sentenza in forma ordinaria in caso di questioni particolarmente complesse. Fermo restando che si tratta di una facoltà residuale riservata al giudice medesimo.

Molto probabilmente la *ratio* dell'utilizzo della sentenza in forma semplificata come tecnica di redazione “ordinaria” nel rito *de quo* è da imputare alla particolare esigenza di celerità che connota la materia in esame. Difatti, l'obiettivo del legislatore sembra consistere nel risparmio di energie processuali da parte del giudice e nella riduzione della possibilità che quest'ultimo possa incorrere in vizi revocatori, essendo complicato redigere una sentenza in forma ordinaria nei contingentati termini in cui, nel rito appalti, si svolgono le fasi della decisione, della pubblicazione del dispositivo, nonché della redazione e pubblicazione della sentenza⁵⁷².

5. Il potere del g.a. di dichiarare l'inefficacia del contratto. Fine della vexata quaestio sulla qualificazione giuridica della sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione?

Dall'analisi dell'art. 120 c.p.a. emerge che la specialità del rito in materia di appalti pubblici consiste, prevalentemente, nei tempi particolarmente contingentati di svolgimento del processo. Tuttavia, l'ingresso di nuovi valori di derivazione comunitaria all'interno del procedimento e del processo ha inevitabilmente condizionato l'ampiezza dei poteri cognitori, decisorii, istruttori e cautelari, esercitabili dal giudice amministrativo, in guisa da garantire al ricorrente illegittimamente pretermesso ed aspirante aggiudicatario la piena e completa soddisfazione dell'interesse al bene della vita agognato. Ebbene, la specialità del rito in esame deriva, anche, dall'attribuzione al g.a. di poteri penetranti, maggiori di quelli normalmente esercitabili nel giudizio ordinario e che, come sarà chiarito, sembrano consentire “quella conoscenza del rapporto di cui si discute da tempo”⁵⁷³. Si è più volte sottolineato nel corso della trattazione che l'obiettivo principale della direttiva 2007/66/CE consisteva nell'evitare che gli effetti dell'aggiudicazione illegittima si cristallizzassero nel contratto, dal momento che l'affidamento diretto illegittimo era considerato dalla Corte di Giustizia la più grave violazione del diritto comunitario, ripristinabile solo con la “privazione di

⁵⁷² Osserva sul punto R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato. Aggiornato con il D.L. 31 agosto 2016, n. 168, convertito in L. 25 ottobre 2016, n. 197 e con il D.L. 17 febbraio 2017, n. 13, op. cit.*, 2192, che l'imposizione della forma semplificata della sentenza “può anche essere letta come una rete di protezione per i giudici, a compensazione del gravoso onere di decidere entro 45 giorni e pubblicare il dispositivo entro due giorni e la sentenza entro 30. Infatti, potranno rispettare tali termini scrivendo sentenze in forma semplificata anziché in forma ordinaria, con un minor rischio di incorrere in vizi revocatori. Infatti potranno decidere con la tecnica del sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo, con assorbimento, legalmente autorizzato, dei motivi ritenuti non risolutivi”. Per le tecniche da osservare per redigere una sentenza in forma semplificata cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 4 novembre 2010, n. 4552.

⁵⁷³ E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo, op. cit.*, 1076.

effetti del contratto”⁵⁷⁴. Dunque, nella logica del legislatore comunitario, qualora i meccanismi di tutela preventiva non fossero stati idonei ad impedire alla stazione appaltante di stipulare il contratto con l’aggiudicatario illegittimo, violando le regole che presiedono il corretto svolgimento delle procedure di gara, in condizioni di parità e trasparenza, come *extrema ratio* fosse necessario “aggreire”⁵⁷⁵ il contratto eventualmente stipulato, onde “ripristinare la concorrenza”⁵⁷⁶.

La direttiva 2007/66/CE agli artt. 2-*quinquies* e 2-*sexies*, seguendo un’ottica punitiva, imponeva agli Stati membri di sanzionare gli affidamenti illegittimi, a seconda dei casi, con la “privazione di effetti del contratto” o con l’irrogazione di sanzioni alternative. È dunque per impulso del diritto comunitario e per dare tutela ai valori da esso inseriti nel nostro ordinamento che sono stati attribuiti al g.a. poteri più ampi. Si pensi, *in primis*, al potere di dichiarare l’inefficacia del contratto a seguito dell’annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Difatti, in attuazione degli artt. 2-*quinquies* e 2-*sexies* della direttiva ricorsi, il legislatore italiano con l’art. 44, co. 3, lett. h) della legge delega n. 88 del 2009⁵⁷⁷ e, quindi, con gli artt. 9, 10 e 11 d.lgs. n. 53 del 2010, aggiunge al vecchio Codice dei contratti pubblici gli artt. 245-*bis*, 245-*ter*, 245-*quater*, successivamente trasfusi negli artt. 121 (inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni); 122 (inefficacia del contratto negli altri casi) e 123 (sanzioni alternative) c.p.a.⁵⁷⁸.

Ebbene, la direttiva ricorsi sembra offrire lo spunto per porre fine alla *vexata quaestio* della sorte del contratto a seguito dell’annullamento del provvedimento di aggiudicazione⁵⁷⁹ che aveva determinato un susseguirsi di indirizzi interpretativi sussumibili, esemplificativamente, in due grandi rami⁵⁸⁰: nel primo rientravano tutte quelle teoriche dottrinali che consideravano il contratto

⁵⁷⁴ Cfr. considerando 13 e 14 della direttiva 2007/66/CE. Per maggiori dettagli cfr. *supra* Capitolo I.

⁵⁷⁵ Parla di “aggressione”, ma in riferimento al provvedimento di aggiudicazione F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, *op. cit.*

⁵⁷⁶ Continua il considerando 14 della direttiva ricorsi, così da “creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere”.

⁵⁷⁷ Per maggiori dettagli cfr. *supra* Capitolo II.

⁵⁷⁸ Più precisamente, l’art. 44 l. n. 88 del 2009, contenente la delega al Governo per l’attuazione della direttiva 2007/66/CE, al comma 3, lettera h), nn. 1, 2, 3 e 4 impone al legislatore delegato di dare attuazione agli artt. 2-*quinquies* e 2-*sexies* della suddetta direttiva. Tali criteri di delega vengono attuati attraverso gli artt. 9, 10 e 11 del d.lgs. n. 53 del 2010 che introducono nel d.lgs. n. 163 del 2006 (vecchio Codice dei contratti pubblici) gli artt. 245-*bis* (Inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni), 245-*ter* (Inefficacia del contratto negli altri casi) e 245-*quater* (Sanzioni alternative) poi trasfusi nel d.lgs. n. 104 del 2010, rispettivamente, negli artt. 121, 122 e 123 c.p.a. Per maggiori dettagli cfr. i Capitoli I e II della presente trattazione.

⁵⁷⁹ Difatti l’art. 2-*quinquies*, della direttiva 2007/66/CE stabilisce le linee guida da seguire al fine di privare di efficacia un contratto. Tuttavia, al paragrafo 2 demanda al diritto nazionale il compito di individuare le conseguenze “di un contratto considerato privo di effetti”, decidendone anche la decorrenza se *ex tunc* ovvero *ex nunc*, ferma restando in quest’ultimo caso l’applicazione di sanzioni alternative.

⁵⁸⁰ Una tale esemplificazione degli orientamenti esistenti in materia si deve a F.G. SCOCA, *Annullamento dell’aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm.- Tar*, 2007, 800 ss., secondo cui “un modo per classificare le disparate tesi finora elaborate può utilmente far leva, alternativamente, sulla prospettazione di conseguenze sulla fattispecie contrattuale ovvero sugli effetti che da essa discendono: nel primo caso l’annullamento dell’aggiudicazione comporta l’invalidità (in una delle sue forme) del contratto, nel secondo ne comporta l’inefficacia (secondo i più, sopravvenuta), o, meglio, determina la interruzione della sua esecuzione, facendo salve le prestazioni già eseguite”.

eventualmente stipulato invalido, in una delle sue forme (annullabilità, nullità)⁵⁸¹; mentre, al secondo apparteneva chi riteneva che l'annullamento dell'atto di aggiudicazione comportasse l'inefficacia del contratto medesimo⁵⁸². Tuttavia, com'è noto, in assenza di uno specifico appiglio

⁵⁸¹ Rientrano in tale categoria gli indirizzi interpretativi che consideravano il contratto eventualmente stipulato annullabile ovvero nullo. La prima tesi corrispondeva all'orientamento tradizionalmente condiviso per molti anni dalla Corte di Cassazione, (per cui cfr. *ex multis*, Corte di Cass., sez. I, 13 novembre 2000, n. 14901; Id., sez. II, 21 febbraio 1995, n. 1885) secondo cui l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione determinava l'annullabilità del contratto eventualmente stipulato. Poiché la linea di confine tra la giurisdizione del g.a. e del g.o. era rappresentata dalla stipula del contratto, vale a dire tutti gli atti della fase pubblicistica appartenevano alla giurisdizione del g.a., dal cui sindacato fuoriuscivano completamente tutte le vicende contrattuali, l'annullamento dell'atto di aggiudicazione "lasciava indifferente il contratto", che continuava a regolare i rapporti tra stazione appaltante e il contraente originario. In tal caso il ricorrente non era legittimato a chiedere l'annullamento anche del contratto, dal momento che la normativa ad evidenza pubblica era posta nel solo interesse di natura patrimoniale della p.a. e non nell'interesse del ricorrente. Pertanto, in base all'art. 1441 c.c., secondo cui l'annullamento del contratto può essere domandato solo "dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge", l'unico soggetto legittimato a chiedere l'annullamento del contratto dinanzi al giudice ordinario era l'amministrazione aggiudicatrice. Tale tesi - criticabile sotto il profilo dell'effettività della tutela, in quanto impediva al ricorrente che pure avesse ottenuto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione di ottenere la caducazione degli effetti del contratto, qualora la domanda di annullamento del contratto non fosse stata presentata dalla p.a. che diventava, com'è stato rilevato da A. SCACCHI, *Profili civilistici dell'incidenza dell'annullamento dell'aggiudicazione sul susseguente contratto*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 1514, "arbitro della sorte del contratto" - è stata superata dalla pubblicizzazione, per impulso della direttiva del 2007, degli interessi facenti capo ai partecipanti alla gara che hanno determinato il passaggio da una funzione contabile a quella concorrenziale della normativa sull'evidenza pubblica. In altri termini, essendo la procedura di gara funzionalizzata anche alla tutela della concorrenza in senso soggettivo, allora le relative norme sono poste anche nell'interesse dell'impresa ricorrente che deve essere legittimata ad agire in giudizio per caducare gli effetti del contratto. Nonostante le critiche mosse dalla gran parte della dottrina e della giurisprudenza tale orientamento continuava ad essere condiviso da S. VARONE, *L'invalidità contrattuale nella dialettica fra atto e negozio nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica*, in *Foro amm.- C.d.S.*, 2003, 1648 ss. Ebbene, l'orientamento in esame è stato superato dalla tesi sposata dalla gran parte della giurisprudenza amministrativa e da quella parte della dottrina che riteneva che il vizio che inficiava il contratto a seguito dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione fosse la nullità *ex art.* 1418 c.c. In verità tale indirizzo interpretativo si divideva, a sua volta, in due macro-orientamenti: l'uno considerava il contratto nullo in via assoluta per nullità "strutturale" *ex art.* 1418, co. 2, c.c.; l'altro, invece, riteneva che si trattasse di nullità "virtuale" *ex art.* 1418, co. 1, c.c., derivante dalla violazione di norme imperative. Tra i fautori della tesi della nullità virtuale cfr., fra gli altri, V. CERULLI IRELLI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 1195 ss.; G. CORAGGIO, *Effettività del giudicato e invalidità del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 776 ss.; F. SATTA, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. amm.*, 2003, 645 ss. In giurisprudenza cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281; Id., sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218. Per la tesi della nullità strutturale cfr. in giurisprudenza Corte di Cass., sez. III, 9 gennaio 2002, n. 193; Cons. Stato, sez. V, ord. 28 marzo 2008, n. 1328; mentre in dottrina cfr. V. LOPILATO, *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, in *Foro amm.- Tar*, 2006, 1519. Su queste tematiche cfr. F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, *op. loc. ult. cit.*; S.S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008, 129 ss.; E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, *op. cit.*, 1079 ss.; R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, *op. cit.*; S. VACCARI, *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale satisfattoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 257 ss.

⁵⁸² Successivamente agli orientamenti descritti alla nota precedente, nella giurisprudenza amministrativa (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2007, n. 41; Id., sez. V, 28 settembre, 2005, n. 5194; Id., sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992) si era affermata la tesi della c.d. "caducazione automatica". In dottrina sembra condividere tale indirizzo interpretativo F. MERUSI, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro amm.- Tar*, 2004, 569 ss. Tale orientamento nella sua versione originaria e "pura", sostenuta da Cons. Stato, sez. V, 30 marzo 1993, n. 435 e, in termini analoghi da Id., sez. VI, 14 gennaio 2000, n. 244, ritiene che ci sia uno stretto nesso di presupposizione tra l'atto di aggiudicazione (atto presupposto) e contratto (atto presupponente), per cui se viene annullato l'atto presupposto, che costituisce il presupposto "unico ed indefettibile" dell'atto successivamente adottato, in via automatica si ha la caducazione del contratto stipulato, senza che sia necessaria un'autonoma impugnativa. In altre parole, l'eliminazione "a monte" del provvedimento di aggiudicazione determina, quale conseguenza necessaria ed indefettibile, il travolgimento automatico "a valle" dell'atto presupponente, vale a dire del contratto stipulato. Dunque, secondo l'insegnamento di G. GRECO, *La trasmissione dell'antigiuridicità (dell'atto amministrativo*

normativo più di una delle tesi prospettate sembrava meritevole di accoglimento, pertanto, si era ben lungi dall'arrivare ad una soluzione univoca e soddisfacente.

illegittimo), in *Dir. proc. amm.*, 2007, 326 ss., è come se ci fosse una “trasmissione dell’antigiuridicità” dall’atto di aggiudicazione al contratto. Tuttavia, tale tesi viene successivamente perfezionata inquadrando il problema, come rileva S. VACCARI, *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale soddisfattoria*, *op. cit.*, 261, “non più nell’area dell’invalidità, bensì solamente in quella dell’inefficacia ritenendo che l’annullamento dell’aggiudicazione causi il venir meno di uno dei presupposti di efficacia del contratto, che resta, in tal modo, privo della capacità di produrre effetti giuridici”. Tra i sostenitori di tale tesi in giurisprudenza cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, ord. 21 maggio 2004, n. 3355. Tale indirizzo interpretativo, sia nella sua forma originaria, che in quella successiva che inquadra il problema spostando il baricentro dall’invalidità all’inefficacia, viene criticata da chi sostiene che lo stesso meccanismo di caducazione a cascata utilizzato per le ipotesi privatistiche di collegamento tra fattispecie negoziali non può estendersi “ad una fattispecie formata da atti eterogenei quali il provvedimento di aggiudicazione (atto amministrativo) e il contratto (negozio privato)”. Per quanto concerne nello specifico il secondo indirizzo citato, che inquadra il problema in termini di inefficacia, è stato replicato che l’inefficacia non costituisce una categoria dogmatica autonoma, ma rappresenta una conseguenza in termini di effetti che consegue all’accertamento di una causa di invalidità. Esprime tali criticità E. STICCHI DAMIANI, *La «caducazione» del contratto per annullamento dell’aggiudicazione alla luce del Codice degli appalti*, in *Foro amm.- Tar*, 2006, 3725. Tuttavia, poco prima dell’adozione della direttiva 2007/66/CE nella giurisprudenza amministrativa (cfr., tra le altre, Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2004, n. 3465; Id., sez. IV, 27 ottobre, 2003) si fa strada la tesi della caducazione automatica per inefficacia sopravvenuta relativa, che rappresenta una sorta di evoluzione del precedente indirizzo interpretativo della mera caducazione automatica. A parere di quest’ultimo orientamento l’eliminazione dell’atto di aggiudicazione fa venir meno, con effetto retroattivo, la legittimazione della stazione appaltante a stipulare, legittimazione che si basava sulla validità dell’atto presupposto. Pertanto, essendo stato stipulato il contratto da un soggetto che non era legittimato a negoziare, la conseguenza che ne discende è l’inefficacia del contratto medesimo “in senso relativo cioè a richiesta del solo soggetto che abbia ottenuto giudizialmente una pronuncia di annullamento dell’aggiudicazione”. Tale inefficacia ha effetto *ex tunc* con due temperamenti: “la salvezza delle prestazioni eseguite fino all’annullamento dell’aggiudicazione”; la salvezza di tutte le situazioni giuridiche soggettive che si siano consolidate in capo al terzo in buona fede al momento della dichiarazione di inefficacia. Osserva acutamente F.G. SCOCA, *Annullamento dell’aggiudicazione e sorte del contratto*, *op. cit.*, 806-807, che la differenza tra l’ultimo orientamento menzionato e quello precedente della caducazione automatica “pura” risiede, principalmente, nel cambiamento dell’obiettivo dell’inefficacia caducante: “ad essere eliminato non è il contratto come tale; vengono meno automaticamente soltanto gli «effetti del negozio»”. In tal senso, l’annullamento del provvedimento di aggiudicazione “diventa semplicemente una causa sopravvenuta di inefficacia del contratto stipulato” e del vecchio istituto della caducazione automatica si conserva “soltanto l’automaticità della (conseguente inefficacia)”. Rileva, inoltre, E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, *op. cit.*, 1084 ss., che la tesi sposata dal d.lgs. n. 53 del 2010 si avvicina molto a quella della caducazione automatica per inefficacia sopravvenuta da ultimo menzionata, tuttavia discostandosene per il carattere dell’automaticità. Difatti, se le due tesi convergono riguardo ai risultati, dal momento che a seguito dell’annullamento dell’atto di aggiudicazione non è il contratto ad essere eliminato, ma i suoi effetti; divergono per quanto attiene il carattere automatico dell’inefficacia. Più nello specifico, il g.a. non può dichiarare, a seguito della caducazione dell’atto di aggiudicazione, automaticamente l’inefficacia del contratto, ma deve necessariamente tener conto della situazione effettuale che si determina *post* stipula del contratto medesimo, bilanciando, sulla base del principio di proporzionalità, tutti gli interessi che vengono in rilievo. Dunque, la dichiarazione di inefficacia del contratto è una conseguenza dell’annullamento dell’atto di aggiudicazione, ma non una conseguenza infettibile, potendo il giudice modulare, a seconda degli interessi in gioco, la sua decorrenza e, in taluni casi, addirittura concludere per la conservazione dei suoi effetti, nonostante la presenza di “gravi violazioni” che ne imporrebbe l’eliminazione. Si tratta, infatti, come ha rilevato M. LIPARI, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l’inefficacia “flessibile” del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010*, *op. cit.*, 65 ss., di un’inefficacia “flessibile” del contratto. In altri termini, anche se l’atto di aggiudicazione e il contratto sono intimamente legati tra di loro nel senso che la caducazione dell’atto presupponente (il contratto) è una conseguenza, seppur non necessaria, dell’annullamento dell’atto presupposto, l’eliminazione del provvedimento di aggiudicazione non comporta l’automatica “caducazione dell’atto presupponente perché l’ordinamento ne può stabilire anche solo l’inefficacia o addirittura il suo mantenimento quando la situazione è andata evolvendosi in fatto e in diritto e, quindi, occorre apprezzare, in concreto, quale sia la misura più idonea per la tutela degli interessi pubblici in campo”. Ebbene, il d.lgs. n. 53 del 2010 “ha previsto, in caso in cui sia intervenuto il contratto, che l’annullamento dell’aggiudicazione, porti, salvo eccezioni ed a seguito di una complessa valutazione di tutti i concreti elementi venutisi a determinare nella fattispecie, all’inefficacia del contratto. Inefficacia che, però, non è automatica, né scontata”.

In un panorama siffatto appare indubitabile che un importante passo in avanti sia rappresentato dalle suddette disposizioni della direttiva ricorsi, che impongono agli Stati membri di considerare il contratto eventualmente stipulato, alle condizioni previste, “privo di effetti”. La stessa terminologia volutamente vaga ed imprecisa viene utilizzata dall’art. 44, co. 3, lett. h), n. 1), L. n. 88 del 2009⁵⁸³, mentre il d.lgs. n. 53 del 2010, su suggerimento del Consiglio di Stato in sede consultiva⁵⁸⁴, traduce la “privazione di effetti del contratto” con “dichiarazione di inefficacia del contratto”⁵⁸⁵.

Ebbene, il d.lgs. n. 53 del 2010 correttamente adatta il vago concetto di “privazione di effetti del contratto” al linguaggio del nostro ordinamento, conservando, tuttavia, una formula ampia che lascia delusi quanti pensavano che in fase di recepimento della direttiva il legislatore italiano prendesse partito per l’una o l’altra tesi, chiarendo definitivamente in quale istituto presente nel nostro ordinamento si dovesse inquadrare la “privazione di effetti del contratto”.

Molto probabilmente la scelta del legislatore comunitario, e a seguire di quello italiano, di non ingessare la sorte del contratto in una categoria giuridica ben definita risiede nel fatto che la situazione effettuale determinatasi successivamente all’annullamento del provvedimento di aggiudicazione e alla sottoscrizione del contratto impone al giudice di effettuare un bilanciamento tra gli eterogenei interessi in gioco che non consente di definire a priori le conseguenze dell’annullamento.

Per tali ragioni si è sostenuto in dottrina che il legislatore ha optato per un’idea “dell’inefficacia flessibile del contratto” o a “geometria variabile”⁵⁸⁶. Tale elasticità è accentuata dalla pluralità di

⁵⁸³ Rileva sul punto M. LIPARI, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l’inefficacia “flessibile” del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010, op. cit.*, 60 ss., che la legge delega non ha neanche riformulato l’espressione “privazione di effetti” utilizzata, “in modo piuttosto grossolano, nella traduzione italiana della direttiva, quasi volesse, deliberatamente, evitare qualsiasi inquadramento concettuale negli istituti generali di diritto interno”.

⁵⁸⁴ Si tratta del parere n. 368 del 2010 reso sullo schema di decreto legislativo delegato (d.lgs. n. 53 del 2010).

⁵⁸⁵ Il d.lgs. n. 53 del 2010 se da un lato sostituisce la formula “privazione di effetti” con “dichiarazione di inefficacia del contratto”, sicuramente più adeguata al linguaggio dell’ordinamento italiano; dall’altro non offre “significative indicazioni dirette a meglio spiegare la natura e la concreta disciplina di tale inefficacia”. Molto probabilmente l’utilizzo di una formula molto ampia tesa a comprendere “tutti i casi in cui un atto può essere considerato privo di effetti” si giustifica sulla base degli ampi poteri di bilanciamento tra i vari interessi in gioco attribuiti al g.a. In tal senso, un eventuale “richiamo a puntuali regole civilistiche rappresenterebbe”, addirittura, “un ‘pericolo’, determinando una limitazione dei larghi poteri di valutazione del giudice”. La scelta del legislatore comunitario, e a seguire di quello italiano, di fuggire da rigidi inquadramenti concettuali ha il pregio di conferire la massima flessibilità alle decisioni “riguardanti l’inefficacia del contratto, presumibilmente proiettate verso la realizzazione della più alta ‘giustizia sostanziale’ del caso concreto”. Tuttavia, presenta degli svantaggi determinati dal “forte tasso di incertezza delle soluzioni applicabili alle singole vicende”. Difatti, “l’imprevedibilità degli esiti delle liti” è sicuramente poco apprezzata dai partecipanti alla gara d’appalto. Cfr. più ampiamente sul punto M. LIPARI, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l’inefficacia “flessibile” del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010, op. cit.*, 60.

⁵⁸⁶ M. LIPARI, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l’inefficacia “flessibile” del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010, op. cit.*, 60 ss.

parametri valutativi indicati dagli artt. 121 e, soprattutto, 122 c.p.a., e dal penetrante potere di apprezzamento attribuito al g.a.⁵⁸⁷.

6. L'ampliamento dei poteri cognitori del g.a. L'estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto.

Il problema di definire la sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione definitiva imponeva di fornire una soluzione anche ad un altro quesito, vale a dire se la cognizione del contratto rientrasse nell'ambito della giurisdizione ordinaria, ovvero amministrativa.

Difatti, a seconda della tesi che si accoglieva sul piano sostanziale e, dunque, della natura del vizio che si riteneva inficciasse il contratto, dal punto di vista processuale vi erano diverse implicazioni riguardo all'organo giudiziario da adire⁵⁸⁸.

All'annoso dibattito che aveva coinvolto non solo la dottrina⁵⁸⁹, ma anche i massimi organi giurisdizionali quali la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato, pone fine l'art. 7 d.lgs. n. 53 del

⁵⁸⁷ Avverte F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, op. cit., che si tratta di una "categoria nuova d'invalidità delineata dal legislatore facendo ricorso alla propria discrezionalità". Si tratta di un'inefficacia che non deriva da un vizio intrinseco del contratto, bensì "da una valutazione globale della situazione" conseguente all'annullamento dell'atto di aggiudicazione. Pertanto, oggetto del sindacato del g.a. non è né il contratto e né l'aggiudicazione, ma il "complesso regolamento di interessi scaturente dalla vicenda di contrattazione avviata" dalla stazione appaltante e "traguardata alla luce degli esiti dell'azione di impugnazione e, nei casi indicati dalla legge, degli interessi in gioco. Il contratto, dunque, è solo un tassello di un mosaico più vasto e ciò vale a spiegare perché, al fine di individuare i caratteri della sua inefficacia, le formule tradizionali, che chiudono il campo visuale, restringendolo sul solo contratto, sono incapienti al cospetto dei poteri di un giudice che deve prioritariamente tutelare la concorrenza".

⁵⁸⁸ Cfr. in argomento R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, op. cit.

⁵⁸⁹ Chiarisce E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, op. cit., 1079 ss., che prima dell'intervento non solo dell'art. 7 d.lgs. n. 53 del 2010, ma anche dall'art. 6 L. n. 205 del 2000, con cui sono state devolute tutte le controversie relative alle procedure di affidamento alla giurisdizione esclusiva del g.a., la linea di confine tra sindacato del g.o. e del g.a. era rappresentata dalla stipula del contratto in guisa che "tutte le questioni di validità, efficacia ed esecuzione del contratto erano rimesse al giudice ordinario e il giudice amministrativo si doveva fermare di fronte al contratto, quasi colonne d'Ercole alla sua cognizione". La tesi tradizionale che riteneva il contratto annullabile a seguito dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione comportava, dal punto di vista processuale, l'impossibilità per il ricorrente di chiedere l'annullamento del contratto medesimo, dal momento che la procedura ad evidenza pubblica era posta nel solo interesse della stazione appaltante. Pertanto, l'unica legittimata ad agire in giudizio dinanzi al g.o. per chiedere l'annullamento del contratto era la p.a. Con l'introduzione della giurisdizione esclusiva in materia ad opera dell'art. 6 L. n. 205 del 2000 le soluzioni giurisprudenziali si sono articolate, essenzialmente, su tre indirizzi interpretativi: secondo una prima tesi (cfr. F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, op. cit., 820) la validità, l'efficacia e l'esecuzione del contratto appartengono alla cognizione del giudice ordinario; a parere della seconda il giudice amministrativo può conoscere della validità e dell'efficacia del contratto, mentre la fase dell'esecuzione appartiene alla giurisdizione del g.o.; ed infine secondo un terzo orientamento (cfr. A. FABRI, *Giurisdizione esclusiva: i modelli processuali*, Torino, 2002, 304 ss.) la cognizione del g.a. si estende anche alla fase negoziale, inclusa l'esecuzione del contratto, "con totale esautoramento della giurisdizione del giudice ordinario". Il d.lgs. n. 53 del 2010 non ha seguito nessuna delle soluzioni menzionate ma ha ricondotto la sorte del contratto nell'ambito della giurisdizione esclusiva del g.a., che può conoscere dell'inefficacia del contratto solo in quanto conseguenza (necessaria od eventuale) dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione. Difatti, come chiarito nel testo della presente trattazione, il g.a. non conosce della validità e dell'efficacia del contratto, ma si limita a dichiarare il contratto efficace o inefficace quale diretta conseguenza del sindacato svolto sull'azione amministrativa, sul provvedimento di aggiudicazione. Difatti come afferma acutamente F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, op. cit., 819, il g.a., a seguito dell'annullamento del provvedimento di

2010 che, in attuazione dell'art. 44, co. 3, lett. h), L. n. 88 del 2009, amplia la cognizione del giudice amministrativo sino alla sorte del contratto. Difatti, il detto art. 7 aggiunge all'art. 244, co. 1, d.lgs. n. 163 del 2006⁵⁹⁰, un ultimo periodo: "La giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative".

Dunque, i poteri cognitori del g.a. in sede esclusiva si estendono anche al contratto, ma al solo fine di decidere sulla sua efficacia a seguito dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione. In altri termini, il giudice amministrativo dichiara o meno l'inefficacia del contratto in quanto diretta conseguenza dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, ma il suo sindacato non si estende alle norme civilistiche disciplinanti la validità e l'efficacia del contratto medesimo, la cui cognizione appartiene al giudice ordinario.

Difatti, il g.a. non conosce della validità o dell'efficacia del contratto, ma delle "conseguenze dell'illegittima aggiudicazione sull'efficacia del contratto"⁵⁹¹. Il suo sindacato è limitato all'accertamento e alla valutazione della situazione effettuale conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione, al fine di dichiarare, eventualmente, l'inefficacia del contratto stipulato.

Invero, la soluzione adottata dall'art. 7 d.lgs. n. 53 del 2010 era stata di poco anticipata da un'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 2010⁵⁹² che, basandosi sui principi desumibili dalla direttiva 2007/66/CE, aveva attribuito al giudice amministrativo in sede esclusiva la giurisdizione sulla dichiarazione di inefficacia del contratto conseguente alla caducazione del provvedimento di aggiudicazione.

Difatti, l'ordinanza in commento, opera un *revirement* della tesi maggioritaria sostenuta negli anni 2007-2008, rispettivamente, dalla Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato che avevano configurato un sistema dualista, implicante dapprima l'esercizio dell'azione di annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva dinanzi al g.a. e poi la domanda per la dichiarazione di inefficacia del contratto dinanzi al g.o., causando un evidente *vulnus* al principio della

aggiudicazione, non sindaca il contratto, bensì il modo di formazione dello stesso. Dunque, conclude sul punto E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, op. cit., 1081, che la novità introdotta dall'art. 7 d.lgs. n. 53 del 2010 consente al ricorrente di ottenere l'esecuzione dell'appalto "per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione e della dichiarazione di inefficacia del contratto (se intervenuto)", nonché superare "definitivamente la mancanza di tutela per il ricorrente vittorioso che vedeva rimessa, secondo l'orientamento tradizionale, solo alla pubblica amministrazione la legittimazione a rimuovere il contratto ed i suoi effetti".

⁵⁹⁰ Oggi trasfuso nell'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a.

⁵⁹¹ E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, op. cit., 1078.

⁵⁹² Cfr. Cass., sez. un., 10 febbraio 2010, n. 2906, commentata da E. SANTORO, *Una pietra miliare nel cammino verso l'effettività della tutela: le Sezioni Unite affermano la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto, anticipando il recepimento della direttiva 2007/66/CE*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 399 ss.; G. D'ANGELO, *Direttiva n. 2007/66/Ce e giurisdizione nelle controversie sui contratti pubblici*, in *Corr. giur.*, 2010, 747; F. CARDARELLI, *Commento a Cass., SS.UU., ord. n. 2906 del 10 febbraio 2010*, in *Urb. e app.*, 2010, 435 ss.

concentrazione della tutela giurisdizionale⁵⁹³ funzionale a garantire l'effettività della tutela medesima⁵⁹⁴. Invece, secondo la Corte di Cassazione nell'ordinanza del 2010 la concentrazione della tutela dinanzi ad uno stesso giudice è necessitata proprio dalla direttiva comunitaria che, imponendo agli Stati membri di assicurare una tutela rapida (espressione del principio di ragionevole durata del processo) ed effettiva (effettività della tutela giurisdizionale), porta a prediligere una soluzione che concentri il sindacato su tutti i profili attinenti all'annullamento e alla conseguente (necessaria od eventuale) privazione di effetti del contratto dinanzi ad un unico organo giurisdizionale⁵⁹⁵, individuato nel g.a.

Aggiunge la Corte che la necessità di attribuire al giudice amministrativo anche il potere di dichiarare l'inefficacia del contratto è confermato anche da alcune disposizioni della direttiva ricorsi, si pensi all'art. 2-*quinquies*, par. 1, che impone agli Stati membri di assicurare che un

⁵⁹³ A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra "cambio di paradigma e paura della tutela*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 885 ss.; G.D. COMPORI, *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*, in *Giur. it.*, 2012, 194 ss.

⁵⁹⁴ La *querelle* giurisprudenziale precedente all'adozione della direttiva ricorsi è ben sintetizzata da R. DE NICCOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, op. cit.; ID., *Codice del processo amministrativo commentato. Aggiornato con il D.L. 31 agosto 2016, n. 168, convertito in L. 25 ottobre 2016, n. 197 e con il D.L. 17 febbraio 2017, n. 13, op. cit.*, 2222 ss., secondo cui la giurisprudenza amministrativa a partire dal 2003 (per cui cfr. Cons. Stato, sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332), accogliendo la tesi della caducazione automatica del contratto, aveva concluso che a dichiarare inefficace il contratto fosse il g.a. che aveva proceduto ad annullare l'atto di aggiudicazione. Tale orientamento viene successivamente sconfessato da Corte di Cass., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27169, secondo cui quando la procedura ad evidenza pubblica che precede la stipula del contratto manca "*ab origine*, o viene annullata", la giurisdizione sul contratto medesimo spetta al giudice ordinario. L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato nel 2008 (cfr. Cons. St., ad. pl., 30 luglio 2008, n. 9) se da un lato condivide la tesi sposata dalla Corte di Cassazione, dall'altro afferma: "se è vero che il giudice amministrativo, quando annulla l'aggiudicazione, in sede di giudizio di cognizione, non si può pronunciare anche sulla sorte del contratto, tuttavia è preciso dovere dell'amministrazione, in sede di esecuzione del giudicato di annullamento, trarne le debite conseguenze in ordine alla sorte del contratto, e, ove non lo faccia, il giudice amministrativo può essere nuovamente adito in sede di giudizio di ottemperanza. Qui il giudice ha una cognizione estesa al merito amministrativo, e può pertanto privare di effetti il contratto". Tuttavia, l'orientamento condiviso dalla Suprema Corte, seppur con il correttivo introdotto dal Consiglio di Stato, obbligava il ricorrente ad adire due giudici diversi, allungando i tempi di tutela, violando i principi di effettività e concentrazione. Per un commento alle citate pronunce degli anni 2007-2008 cfr. S. TARULLO, *La giurisdizione sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione: la soluzione delle Sezioni Unite non persuade*, in *Giust. amm.*, 2007, 1292; R. VILLATA, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ritorna, confermandola, sulla c.d. pregiudizialità amministrativa, ma le Sezioni unite sottraggono al giudice amministrativo le controversie sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 300; F. CINTIOLI, *Le Sezioni unite rivendicano a sé il contratto, ma non bloccano il giudizio di ottemperanza*, in www.giustamm.it

⁵⁹⁵ Cfr. più ampiamente F. SAITTA, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, in www.giustizia-amministrativa.it. E, in senso analogo, V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni sulla bozza del decreto legislativo attuativo della delega di cui all'art. 44 l. n. 88/09 (presentate alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, l'11.2.2010)*, in www.giustamm.it; S. VINTI, *Quali rimedi per la salvaguardia dell'interesse legittimo al cospetto dei negozi giuridici? Il giudice del riparto e i legislatori (comunitario e domestico) alle prese con gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto di appalto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 840. *Contra* F. CARDARELLI, *Commento a Cass., SS.UU., ord. n. 2906 del 10 febbraio 2010*, in www.giustamm.it, secondo cui la scelta di concentrare la domanda di annullamento e la conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto dinanzi ad uno stesso giudice non discende implicitamente dalla direttiva 2007/66/CE. Difatti, al legislatore comunitario interessa solo che gli Stati membri assicurino ai partecipanti alla gara una tutela rapida ed efficace, ma la dualità o l'unicità della giurisdizione è per il diritto comunitario totalmente irrilevante. Pertanto, "il postulato dell'unicità delle funzioni giurisdizionali e della rilevante connessione tra interessi e diritti che renderebbe ineludibile la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è un apoftegma: non è un portato immediato e diretto delle disposizioni della direttiva (che certo manifesta un indubbio favor verso la concentrazione delle tutele), ma è una scelta di politica del diritto, che deve essere necessariamente effettuata dal legislatore nazionale".

contratto risultante da un'aggiudicazione illegittima sia considerato "privo di effetti" da "un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice o che la sua privazione di effetti sia la conseguenza di una decisione di detto organo di ricorso".

Ebbene, come chiarito, nell'ordinamento italiano la dichiarazione di inefficacia del contratto è una conseguenza dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione e il potere di annullare l'atto *de quo* è, com'è noto, attribuito al giudice amministrativo. Pertanto, il ragionamento seguito dalla Suprema Corte è il seguente: poiché è lo stesso art. 2-*quinquies*, par. 1, della direttiva 2007/66/CE a prevedere la possibilità che la privazione di effetti sia una conseguenza di una decisione dell'organo di ricorso indipendente dalla stazione appaltante e, in effetti, in Italia la dichiarazione di inefficacia del contratto è una conseguenza dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, allora lo stesso giudice che decide per la caducazione del provvedimento medesimo, deve, conseguentemente, poter dichiarare l'inefficacia del contratto⁵⁹⁶.

Dunque, la stretta connessione esistente tra la domanda di annullamento dell'atto di aggiudicazione e quella di dichiarazione di inefficacia del contratto porta il Supremo consesso ad individuare "l'organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice" nel giudice amministrativo in sede esclusiva.

In definitiva, una lettura costituzionalmente, avendo riguardo ai principi di effettività della tutela, della ragionevole durata del processo e, dunque, della concentrazione della tutela dinanzi ad uno stesso giudice, oltre che comunitariamente orientata (art. 117 Cost.) delle norme sulla giurisdizione, impone di trattare unitariamente l'annullamento e la dichiarazione di inefficacia del contratto dinanzi al g.a. in sede esclusiva⁵⁹⁷.

⁵⁹⁶ Cfr. Cass., sez. un., 10 febbraio 2010, n. 2906.

⁵⁹⁷ È questo, in sintesi, il ragionamento condotto da Cass., sez. un., 10 febbraio 2010, n. 2906, secondo cui l'esigenza di concentrare la tutela dinanzi ad uno stesso giudice si desume dalla direttiva 2007/66/CE che impone la connessione tra la domanda di annullamento dell'atto di aggiudicazione, attinente alla tutela di interessi legittimi, e quella di inefficacia del contratto, riguardante la tutela di diritti soggettivi. Dunque, trattandosi di un caso in cui si controverte sia di diritti soggettivi che di interessi legittimi appare consequenziale concentrare la tutela dinanzi al g.a. nell'ambito della giurisdizione esclusiva. Tale ragionamento, a parere della Suprema Corte, può farsi anche prima della scadenza del termine per la trasposizione della direttiva ricorsi, dal momento che quest'ultima, "ai sensi dell'art. 117 Cost. (che assicura il primato del diritto comunitario sul diritto interno) incide sull'interpretazione delle norme" sulla giurisdizione. Difatti, avverte la Corte, bisogna reinterpretare le norme interne sul riparto di giurisdizione alla luce della *ratio* della direttiva ricorsi, interpretando l'art. 103 Cost. in senso conforme al principio di effettività della tutela giurisdizionale. In altri termini, poiché la domanda di annullamento e quella conseguente di inefficacia del contratto rientrano nella cognizione del g.a. in sede esclusiva, ai sensi dell'art. 103 Cost. "le richieste di tutela dei diritti inerenti ai rapporti contrattuali non sono scindibili da quelli sugli interessi legittimi violati dall'abuso di poteri della p.a., su cui ha certo cognizione il g.a., che può quindi decidere 'anche' su tali diritti, dopo essersi pronunciato sugli interessi al corretto svolgimento della gara". Commenta sul punto E. SANTORO, *Una pietra miliare nel cammino verso l'effettività della tutela: le Sezioni Unite affermano la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto, anticipando il recepimento della direttiva 2007/66/CE, op. cit.*, 404 ss., che secondo la Corte "un'interpretazione estensiva" dell'art. 244 d.lgs. n. 163 del 2006, "idonea a ricomprendere nell'alveo della giurisdizione esclusiva anche la domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato, sarebbe pienamente conforme sia con l'art. 103 Cost., come interpretato dalla Consulta nella sentenza n. 204/2004, sia con la direttiva". L'Autrice conclude sull'argomento sintetizzando i passaggi chiave utilizzati dalla Corte di Cassazione per giungere alla conclusione testè esposta, che sono i seguenti: "la valorizzazione dei principi di effettività e di concentrazione della tutela imposti dalla

Tale ragionamento è stato poi espresso a chiare lettere dal legislatore italiano che con l'art. 7 d.lgs. n. 53 del 2010 ha modificato l'art. 244 d.lgs. n. 163 del 2006 ponendo definitivamente fine all'annosa *querelle* sorta sull'argomento.

7. L'inefficacia del contratto per "gravi violazioni". La coincidenza della tutela dell'interesse del ricorrente con l'interesse pubblico alla concorrenza.

Ebbene, se l'art. 7 d.lgs. n. 53 del 2010 estende la cognizione del g.a. alla dichiarazione di inefficacia del contratto, gli artt. 9 e 10 d.lgs. cit.⁵⁹⁸ e, dunque, oggi gli artt. 121 e 122 c.p.a., disciplinano il relativo potere decisorio⁵⁹⁹.

E, dunque, il nuovo potere attribuito al g.a. su impulso della direttiva 2007/66/CE consiste nel dichiarare l'inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva nelle ipotesi previste agli artt. 121 e 122 c.p.a.

Sull'esempio del legislatore comunitario nella normativa italiana di recepimento si distinguono due casi: l'art. 121 disciplina l'inefficacia del contratto nei casi di "gravi violazioni" e l'art. 122 l'inefficacia del contratto "negli altri casi", vale a dire quelle che possono essere definite le cc.dd. "violazioni ordinarie".

È stato chiarito che il g.a. sindacava il contratto solo in funzione della dichiarazione di inefficacia, come conseguenza esclusiva dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione. Tuttavia, la caducazione degli effetti del contratto non è automatica⁶⁰⁰, difatti il g.a. a seguito dell'annullamento

direttiva 2007/66/CE – la rilevanza della connessione di interessi legittimi e diritti soggettivi derivante dalla normativa comunitaria – la necessità di una trattazione congiunta delle due domande dinanzi al g.a., nelle materie di giurisdizione esclusiva – l'interpretazione dell'art. 244 del Codice dei contratti pubblici conforme alla *ratio* della direttiva, anche prima della sua formale trasposizione". Come avverte R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo, op. cit.*, sono proprio i principi di concentrazione processuale, effettività della tutela e ragionevole durata del processo, desumibili dalla direttiva 2007/66/CE, ad esigere una trattazione unitaria della domanda di annullamento e della conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto.

⁵⁹⁸ Gli artt. 9 e 10 d.lgs. n. 53 del 2010 introducono rispettivamente, gli artt. 245-*bis* e 245-*ter* d.lgs. n. 163 del 2006, successivamente trasfusi negli artt. 121 e 122 c.p.a.

⁵⁹⁹ Potere decisorio che è stato introdotto su impulso del diritto comunitario. Difatti, come osserva S. VACCARI, *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale soddisfattoria, op. cit.*, 262, a seguito dell'*input* fornito dalla direttiva 2007/66/CE il legislatore italiano ha cercato di sistemare la nebulosa e confusa situazione preesistente "prendendo, per la prima volta in via legislativa, un'espressa posizione sul tipo di potere che il giudice amministrativo ha sul contratto di appalto stipulato".

⁶⁰⁰ Quanto detto è stato di recente chiarito da Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4585 (commentata da G. CUMIN, *Annullamento dell'aggiudicazione definitiva e sorte del contratto*, in *Urb. e app.*, 2016, 45 ss.), secondo cui anche con riferimento all'art. 121 c.p.a. il giudice, a seguito dell'annullamento dell'atto di aggiudicazione, può decidere "discrezionalmente (anche nei casi di violazioni gravi) se mantenere o meno l'efficacia del contratto nel frattempo stipulato, così che l'inefficacia del contratto non è conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma costituisce oggetto di una specifica pronuncia giurisdizionale, costituendo quelle previsioni una significativa innovazione rispetto alla logica sequenza procedimentale che vede la privazione degli effetti del contratto strettamente connessa all'annullamento dell'aggiudicazione, e da questa dipendente, anche nella prospettiva delle esigenze di semplificazione e concentrazione delle tutele ai fini della loro effettività". Cfr., in senso analogo Cons. Stato, sez. VI, 12 dicembre 2012, n. 6374; Id., sez. III, 25 giugno 2013, n. 3437. In senso sostanzialmente conforme anche Id., sez. V, 26 settembre 2013, n. 4752.

dell'aggiudicazione e della stipula del contratto deve bilanciare tutti gli elementi di fatto e di diritto che si sono determinati *medio tempore* onde scegliere la misura “più idonea per la tutela degli interessi pubblici in campo”⁶⁰¹.

Pertanto, il legislatore italiano non ha adottato la soluzione della caducazione automatica del contratto per il venir meno dell'atto presupposto dell'aggiudicazione⁶⁰², bensì un concetto di inefficacia flessibile che va modulata dal giudice in base alla situazione effettuale conseguente all'annullamento dell'atto *de quo* e alla stipula del contratto. Il g.a. sindacava il contratto al solo fine di dichiararne, eventualmente, l'inefficacia, in quanto conseguenza dell'eliminazione del provvedimento di aggiudicazione, ma non conosceva della validità e dell'efficacia del contratto che si pongono fuori dal rapporto e che sono attribuiti alla cognizione del giudice ordinario.

Il g.a. in virtù del nuovo potere decisorio acquisito non diventa “il giudice del contratto, ma rimane il giudice degli atti amministrativi con cognizione estesa all'efficacia del contratto come conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione”⁶⁰³.

Che si tratta di un'inefficacia flessibile è confermato dal disposto dell'art. 121, co. 1, c.p.a., che se in prima battuta afferma che in caso di violazioni gravi “il giudice che annulla l'aggiudicazione dichiara l'inefficacia del contratto”⁶⁰⁴, subito dopo chiarisce che è il g.a. a dover stabilire se l'inefficacia sia limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo ovvero operi in via retroattiva. Ebbene, è il giudice che decide se la declaratoria di inefficacia del contratto debba operare *ex tunc* o *ex nunc*, sulla base di tre parametri indicati dal legislatore⁶⁰⁵: a) le deduzioni delle parti; b) la valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante; c) la situazione di fatto.

⁶⁰¹ E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo, op. cit.*, 1090.

⁶⁰² È la stessa direttiva comunitaria che al considerando 13 stabilisce: “la carenza di effetti non dovrebbe essere automatica ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente o dovrebbe essere il risultato di una decisione di quest'ultimo”. Per il superamento della tesi della caducazione automatica, anche nella forma della caducazione automatica per inefficacia sopravvenuta cfr. *sub nota* 579.

⁶⁰³ E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo, op. cit.*, 1084.

⁶⁰⁴ E dunque l'art. 121, co. 1, c.p.a. in apertura potrebbe far pensare che il legislatore abbia codificato la tesi della caducazione automatica dell'inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

⁶⁰⁵ L'art. 121, co. 1, c.p.a., prescrive che “il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi, precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva”. Cfr. sul punto E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo, op. cit.*, 1075, il quale specifica in cosa consistono i parametri legislativi che il giudice deve seguire per decidere se la dichiarazione di inefficacia del contratto debba operare *ex tunc* o *ex nunc*. Difatti, l'Autore afferma che il g.a. in sede cognitoria “deve accertare e valutare, in funzione delle deduzioni delle parti: a) la gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, al fine di stabilire se la declaratoria di inefficacia del contratto sia limitata alle prestazioni da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo ovvero operi in via retroattiva; b) il mantenimento degli effetti del contratto qualora lo richiedano «esigenze imperative connesse ad un

Inoltre, l'art. 121, co. 2, c.p.a. afferma che, nonostante le gravi violazioni, il contratto conserva la sua efficacia, qualora il g.a., sulla base di parametri elastici indicati dalla norma in esame, ritenga l'interesse pubblico sotteso alla conservazione degli effetti del contratto prevalente. Tuttavia, ai sensi dell'art. 121, co. 4, c.p.a. qualora non venga dichiarata l'inefficacia del contratto o quest'ultima sia temporalmente limitata il g.a. irroga a carico della stazione appaltante le sanzioni alternative.

Dunque, non si tratta di una caducazione automatica degli effetti del contratto, ma, anche nelle ipotesi di gravi violazioni, ci sono dei parametri che vengono in rilievo dopo la stipula del contratto che il g.a. non può non considerare.

Le "gravi violazioni" che conducono alla dichiarazione di inefficacia del contratto possono essere suddivise in due categorie: le lettere a) e b) disciplinano due ipotesi di violazione degli obblighi di trasparenza e di pubblicità delle gare⁶⁰⁶; mentre le lettere c) e d) sono relative alla violazione degli obblighi di *standstill period* sostanziale e processuale⁶⁰⁷.

Dalla lettura dell'art. 121, co. 1, lett. a), b), c) e d), c.p.a. si evince che il giudice a seguito dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione dichiara l'inefficacia del contratto qualora siano lesi, contemporaneamente, la libertà di concorrenza e l'interesse strumentale o l'interesse al bene della vita anelato dall'impresa ricorrente illegittimamente pretermessa. Difatti, la pubblicizzazione dell'interesse del ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto, alla stipula del contratto e all'esecuzione dell'appalto comporta una coincidenza tra la tutela dell'interesse pubblico alla concorrenza, in condizioni di parità e trasparenza, e l'interesse sostanziale del

interesse generale» e poi tutti i parametri previsti all'art. 121, co. 2, c.p.a. che il g.a. deve valutare per decidere se conservare gli effetti del contratto nonostante l'esistenza delle gravi violazioni.

⁶⁰⁶ Le gravi violazioni a cui fa riferimento l'art. 121, co. 1, lett. a) e b), c.p.a. sono le seguenti: a) l'aggiudicazione è avvenuta senza previa pubblicazione del bando o dell'avviso; b) l'aggiudicazione è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento diretto fuori dai casi consentiti.

⁶⁰⁷ Invece le gravi violazioni previste alle lettere c) e d) dell'art. 121, co. 1, c.p.a. si verificano quando: c) il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'art. 11, co. 10, d.lgs. n. 163 del 2006 (oggi sostituito dall'art. 32, co. 9, d.lgs. n. 50 del 2016), "qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento"; d) il contratto è stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale, ai sensi dell'art. 11, co. 10-ter, d.lgs. n. 50 del 2016 (oggi sostituito dall'art. 32, co. 11, d.lgs. n. 50 del 2016), "qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento".

ricorrente medesimo⁶⁰⁸. Tale coincidenza determina che la tutela “forte”⁶⁰⁹ della concorrenza si trasli sulla tutela dell’interesse legittimo pretensivo dell’impresa ricorrente che diviene, pertanto, altrettanto “forte”⁶¹⁰.

Nelle ipotesi *sub* lettere a) e b) dell’art. 121, co. 1, c.p.a. la dichiarazione di inefficacia del contratto consegue alla totale assenza di procedura concorrenziale, poiché il mancato rispetto delle regole di pubblicità e trasparenza hanno comportato una distorsione della concorrenza che deve essere ristabilita attraverso la rimozione degli effetti del contratto stipulato.

Ma vi è di più. La dichiarazione di inefficacia del contratto non tutela solo la libertà di concorrenza di tutti gli operatori economici grazie alla creazione di nuove opportunità commerciali, ma soddisfa anche l’interesse strumentale del ricorrente alla ripetizione della gara per avere un’altra *chance* di vincerla⁶¹¹.

⁶⁰⁸ In senso contrario sembra esprimersi F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, *op. cit.*, il quale, condividendo l’orientamento secondo cui nell’economia delle direttive ricorsi l’effettività della tutela è strumentale alla garanzia della tutela della concorrenza, quale valore primario protetto dal diritto europeo (su cui cfr. più ampiamente il Capitolo I della presente trattazione), afferma che il potere attribuito al g.a. di dichiarare l’inefficacia del contratto appare “in linea con il riconoscimento del valore della tutela della concorrenza piuttosto che un riflesso dell’urgenza di proteggere la posizione soggettiva della parte, quasi che la prima voglia sfruttare l’impulso insito nella seconda onde conseguire i propri risultati”. Cfr. in senso analogo F. FRASCA, *Ottemperanza ed appalti: il «perdurante» problema dell’ampiezza dei poteri del Giudice amministrativo sulla sorte del contratto*, in *Foro amm.- C.d.s.*, 2013, 2390, secondo cui il rito speciale *ex art.* 120 e ss. c.p.a. è stato introdotto “per garantire la tutela della concorrenza tramite il principio di effettività della tutela giurisdizionale”. È evidente che a seconda dell’impostazione prediletta cambia l’interpretazione degli artt. 121 e ss. c.p.a. In maniera ancora più drastica si esprime L. PRINCIPATO, *L’ipostatizzazione della concorrenza: da situazione giuridica soggettiva ed ambito di competenza legislativa a strumento di politica economica*, in *Giur. cost.*, 2012, 728, il quale ritiene che la tutela della concorrenza stia diventando nella logica del legislatore nazionale, seguita dalla Consulta, un interesse destinato a prevalere dinanzi a qualsiasi altro interesse pubblico o privato. Nella presente trattazione, invece, si crede che il principio di effettività della tutela e quello di tutela della concorrenza, entrambi di derivazione comunitaria, siano due principi differenti, ma nell’economia della direttiva ricorsi e della normativa italiana di recepimento coincidenti nel senso che si è più volte cercato di mettere in luce. Per maggiori dettagli cfr. *supra* Capitolo I.

⁶⁰⁹ E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell’aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 251 ss.

⁶¹⁰ Cfr. E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, *op. cit.*, 1069 ss. Per maggiori dettagli cfr. *supra* Capitolo I. Come sarà chiarito nel prosieguo, è proprio in conseguenza di tale pubblicizzazione degli interessi delle imprese partecipanti a determinare una valorizzazione delle regole formali, per cui anche la violazione di una regola formale comporta l’annullamento dell’atto illegittimo. Inoltre, l’ingresso della tutela della concorrenza e di nuovi interessi ha determinato un ampliamento dei poteri cognitori, decisorii, istruttori e cautelari funzionali a dare completa soddisfazione all’interesse legittimo pretensivo di cui il ricorrente è titolare, onde assicurare contemporaneamente una piena tutela della concorrenza ed una tutela effettiva all’impresa ricorrente.

⁶¹¹ Sulla particolare figura dell’interesse strumentale la letteratura è sterminata. È indubbio che si tratta di una categoria giuridica dall’incerta collocazione dogmatica. Tuttavia, appare maggiormente condivisibile la tesi di chi ritiene che non si tratti di una situazione giuridica soggettiva autonomamente tutelabile, bensì di un interesse “strumentale” che si differenzia da quello “finale” ponendosi come ponte di collegamento per la soddisfazione di quest’ultimo. Dunque, è strumentale alla soddisfazione dell’interesse al bene della vita che sottende la situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo oppositivo o pretensivo. Difatti, se “l’interesse finale” è rappresentato dall’interesse al bene della vita a cui il ricorrente aspira, l’interesse strumentale “consta di un’utilità indiretta, o comunque mediata” in modo che l’accoglimento della domanda proposta dal ricorrente rappresenta una “condizione necessaria, ma al contempo non sufficiente” ai fini della soddisfazione dell’interesse al bene della vita che il ricorrente aspira ad ottenere o a mantenere. Cfr. sul punto G. TROPEA, *L’interesse strumentale e a ricorrere: una categoria al bivio?*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 670. In altri termini, la sentenza con cui il g.a. accoglie il ricorso non è immediatamente soddisfattiva, ma la concreta apprensione dell’interesse finale da parte del ricorrente resta subordinata, in taluni casi, al riesercizio del potere

Dunque, il giudice dichiara l'inefficacia del contratto quando vi sia la contestuale lesione dell'interesse del ricorrente, in questo caso solo di natura strumentale - non potendo venire in rilievo l'interesse al subentro nel contratto in luogo dell'originario aggiudicatario, dal momento che si tratta di una macroscopica⁶¹² violazione della libertà di concorrenza ripristinabile solo con la ripetizione totale o parziale della gara - e l'interesse pubblico alla tutela della concorrenza.

In altri termini, la valorizzazione delle regole formali che presiedono il corretto svolgimento delle procedure di gara comporta l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, senza che sia applicabile l'art. 21-*octies*, co. 2, L. n. 241 del 1990⁶¹³, e conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto, qualora vi sia stata una violazione grave della concorrenza, che si afferma come tutela "forte" nell'economia degli artt. 121 e ss. c.p.a.

amministrativo in senso favorevole al ricorrente. Ebbene, come già rilevava P.M. VIPIANA, *In margine ad un recente orientamento del Consiglio di Stato sul cosiddetto interesse strumentale a ricorrere*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 107 ss., (quando la figura dell'interesse strumentale era alle sue prime applicazioni giurisprudenziali), l'orientamento dottrinale prevalente collegava l'interesse a ricorrere all'utilità, al vantaggio che il ricorrente poteva ottenere dall'eventuale sentenza di merito a sé favorevole e non "allo stato di lesione", non sempre sussistente nel processo amministrativo. Si tratta, tuttavia, di "un vantaggio meramente strumentale" che consisterebbe "nella rimozione, in caso di accoglimento del ricorso, di un atto amministrativo sfavorevole per il ricorrente, con la prospettiva di conseguire un'utilità concreta attraverso una successiva esplicazione dell'attività amministrativa". Ebbene, l'interesse strumentale non corrisponde ad una situazione giuridica soggettiva, in quanto l'interesse al bene della vita che il ricorrente si propone di ottenere o mantenere è lo stesso che sottende la situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio. Ad esempio, come osserva E. STICCHI DAMIANI, *I limiti della tutela dell'interesse strumentale nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 912, nelle controversie in materia di appalti pubblici l'interesse al bene della vita anelato dal ricorrente è rappresentato, in ogni caso, dall'aggiudicazione dell'appalto, pertanto l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara si pone, appunto, come strumentale, propedeutico alla soddisfazione dell'interesse al bene della vita agognato. Pertanto, l'interesse strumentale può essere ricondotto nell'alveo dell'interesse ad agire, tant'è vero che P.M. VIPIANA, *In margine ad un recente orientamento del Consiglio di Stato sul cosiddetto interesse strumentale a ricorrere*, *op. cit.*, 107 ss.; ID., *Le condizioni dell'azione nel processo amministrativo*, in *Manuale di giustizia amministrativa*, a cura di C. MIGNONE - P.M. VIPIANA, Padova, 2013, 165 ss., discorre di "interesse strumentale a ricorrere" e delimita il relativo campo d'indagine specificando alla nota 111 che "la strumentalità dell'interesse talora è riferita all'interesse sostanziale protetto, talaltra all'interesse a ricorrere. In questa sede ci occupiamo di questa seconda figura, in quanto propria del diritto processuale amministrativo". Specifica sul punto E. FOLLIERI, *Individuazione degli interessi protetti dell'ordine di trattazione dei motivi reciprocamente escludenti*, in *Giur. it.*, 2014, 2255, che la strumentalità "non connota la titolarità dell'interesse legittimo", ma esprime solo "la tensione verso il bene finale, apprezzabile sul piano sociologico". Con particolare riferimento alla figura dell'interesse strumentale nel rito in materia di appalti pubblici cfr. E. STICCHI DAMIANI, *I limiti della tutela dell'interesse strumentale nel processo amministrativo*, *op. cit.*, 905 ss., il quale ritiene che gli artt. 121, co. 1, lett. a) e b) e 122 c.p.a., quest'ultima disposizione a livello generale, abbiano codificato "la stessa esistenza nell'ordinamento della nozione di interesse strumentale", tuttavia evidenziandone, nello stesso tempo, la "debolezza". Aggiunge sul punto G. GALLONE, *Il rilievo giuridico dell'interesse strumentale*, in *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, a cura di E. FOLLIERI - A. BARONE, San Giuliano Milanese (MI), 2015, 404 ss., che le norme menzionate aggiungono "poco o nulla" al problema dell'individuazione delle concrete condizioni di rilevanza dell'interesse strumentale. Esse non delimitano l'ambito di rilevanza del predetto interesse, ma si pongono come "un *posterius* rispetto all'accertamento dell'interesse strumentale", inteso come declinazione dell'interesse a ricorrere. Difatti, gli artt. 121 e 122 c.p.a. "trovano applicazione, a valle, con riguardo alla sorte del contratto, solo ove si sia già scrutinata e ritenuta fondata la domanda di annullamento a monte e, quindi, già risolta positivamente la questione della sussistenza di un interesse ad agire dotato dei connotati minimi di concretezza ed attualità che sorreggono l'azione".

⁶¹² E. ZIMEI, *La disciplina sospensiva della stipula del contratto*, *op. cit.*, 603.

⁶¹³ Cfr. E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, *op. cit.*, 1070 ss. E per maggiori dettagli sul punto cfr. quanto già esposto *supra* Capitolo I, par. 5.2., spec. nota 182.

7.1. (Segue) Le condizioni affinché la violazione dei termini dilatori possa assurgere a “violazione grave”. La valorizzazione dell’inefficacia funzionale al subentro.

Anche nelle ipotesi descritte *sub* lettere c) e d) dell’art. 121, co. 1, c.p.a. il giudice dichiara l’inefficacia del contratto solo se vi sia coincidenza tra i valori della concorrenza e dell’effettività della tutela giurisdizionale del ricorrente. Difatti, la violazione dello *standstill period* procedimentale e processuale di per sé ha una connotazione neutra, in quanto interviene dopo l’adozione del provvedimento di aggiudicazione e, dunque, il confronto concorrenziale è avvenuto correttamente, ma la stazione appaltante ha violato i meccanismi di tutela preventiva a disposizione del ricorrente che mirano ad evitare che gli effetti dell’aggiudicazione illegittima si cristallizzino nel contratto.

Dunque, a differenza delle prime due ipotesi considerate, la mera violazione dei termini dilatori non conduce *sic et simpliciter* alla dichiarazione di inefficacia del contratto⁶¹⁴, in quanto la violazione in esame non determina una distorsione della concorrenza, che, al contrario, è avvenuta correttamente, ma potrebbe determinarla solo qualora abbia influito negativamente sulla possibilità del ricorrente di ottenere l’affidamento⁶¹⁵. Difatti, in tale ultimo caso la stazione appaltante può aver concluso il contratto con l’aggiudicatario illegittimo⁶¹⁶, in quanto al ricorrente non è stata data la possibilità di tutelarsi e, nello stesso tempo, di correggere la distorsione della concorrenza determinata dall’affidamento del contratto all’operatore economico non avente titolo all’aggiudicazione.

Ebbene, se nei primi due casi si tratta di un’inefficacia “sanzionatoria”⁶¹⁷ in cui l’assoluta mancanza di competizione concorrenziale rende impossibile pensare ad un subentro e viene in

⁶¹⁴ Illuminanti sul punto sono le parole di E. ZIMEI, *La disciplina sospensiva della stipula del contratto*, *op. cit.*, 604, secondo cui la violazione dei termini dilatori non determina “sempre e comunque l’inefficacia del contratto, pena il ritorno alla ‘vecchia’ teoria della caducazione automatica e, soprattutto, il rischio di giungere ad un formalismo sganciato da reali esigenze di tutela”.

⁶¹⁵ Osserva E. ZIMEI, *La disciplina sospensiva della stipula del contratto*, *op. cit.*, 603, che il mancato rispetto dei termini dilatori, al contrario della violazione delle regole di pubblicità e trasparenza, costituisce una “mancanza in sé neutra” che assurge a violazione grave solo qualora si colori “di lesività al valore della concorrenza”, vale a dire “quando abbia frustrato la finalità per cui i termini sono dati”. Aggiunge sul punto l’Autrice che se la direttiva ricorsi impone che le imprese concorrenti “dispongano di mezzi effettivi onde ottenere la piena soddisfazione della pretesa anche mediante la reintegrazione in forma specifica, l’omesso rispetto dei termini di *stand still* rileva al punto da far venir meno il contratto quando determini una menomazione delle garanzie difensive. Sotto il profilo delle conseguenze della violazione, quindi, si coglie pienamente la strumentalità della clausola di *stand still* rispetto al diritto di difesa (art. 24 Cost.)”.

⁶¹⁶ Dal momento che la disposizione richiede come ulteriore requisito che la violazione dei termini sospensivi deve aggiungersi ai “vizi propri dell’aggiudicazione definitiva”.

⁶¹⁷ Definita impropriamente sanzionatoria, in quanto in questa sede si accede alla tesi che ritiene che l’inefficacia non sia una sanzione.

rilievo il solo interesse strumentale⁶¹⁸, di partecipazione del ricorrente, negli altri due l'inefficacia è funzionale alla possibilità di subentro nel contratto d'appalto⁶¹⁹.

Difatti, lo scopo dei meccanismi di tutela preventiva è quello di consentire al ricorrente di vietare alla stazione appaltante di stipulare il contratto con l'aggiudicatario illegittimo, frustrando, così, le aspettative di tutela del ricorrente e, nello stesso tempo, realizzare l'obiettivo della direttiva 2007/66/CE, consistente nel dotare gli operatori economici di strumenti rapidi ed efficaci per contrastare le violazioni delle regole poste a presidio della legittimità della procedura di gara.

Tale scopo è tradito solo se il ricorrente non abbia avuto la concreta possibilità di proporre ricorso per ottenere l'affidamento. Pertanto, se il ricorrente, nonostante la violazione dei termini sospensivi, abbia comunque potuto proporre ricorso ed ottenuto l'affidamento, allora la concorrenza è stata ristabilita e, ove non sussistano vizi del provvedimento di aggiudicazione, la procedura di affidamento è legittima e non si fa luogo alla dichiarazione di inefficacia del contratto, ma si applicano, ai sensi dell'art. 123, co. 3, c.p.a., le sanzioni alternative.

Al contrario, se il ricorrente non sia stato posto nelle condizioni di ottenere l'affidamento è molto probabile che il contratto sia stato stipulato con il partecipante alla gara che non aveva titolo all'aggiudicazione, registrandosi una distorsione della concorrenza che determina la caducazione necessaria del contratto in quanto ci troviamo, nuovamente, di fronte ad un'aggiudicazione avvenuta illegittimamente.

In altri termini, la violazione dei termini dilatori è di per sé neutra, ma diventa causa di dichiarazione di inefficacia del contratto nel momento in cui, aggiungendosi ai vizi propri dell'aggiudicazione⁶²⁰, viene lesa la tutela della concorrenza⁶²¹, vale a dire quando il ricorrente non abbia avuto la possibilità di proporre ricorso, con conseguente riduzione delle concrete possibilità di ottenere l'affidamento. Dunque, la dichiarazione di inefficacia del contratto consegue ad una lesione della tutela della concorrenza, intesa in senso soggettivo, ossia coincidente con l'interesse dell'impresa ricorrente di competere in un mercato libero per ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, quale bene della vita agognato⁶²².

⁶¹⁸ Rileva E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, op. cit., 253, che "se in caso di violazione dello 'stand still period' il ricorrente è parte del procedimento e quindi può aspirare all'aggiudicazione, nelle ipotesi di mancata pubblicazione del bando il ricorrente non può aver partecipato ad una gara inesistente e fa quindi valere il solo interesse strumentale".

⁶¹⁹ E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, op. cit., 246 ss.

⁶²⁰ Chiarisce E. ZIMEI, *La disciplina sospensiva della stipula del contratto*, op. cit., 604, che la violazione dello *standstill period* "deve essere accompagnata da vizi propri dell'aggiudicazione, perché l'annullamento dell'aggiudicazione rappresenta il fondamentale presupposto per la dichiarazione di inefficacia del contratto".

⁶²¹ Che in questo caso più che mai coincide con l'interesse del ricorrente al subentro. Tale discorso sarà meglio chiarito nel prosieguo.

⁶²² Cfr. V. LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1329 ss., il quale chiarisce la differenza tra la c.d. concorrenza "per il mercato", che impone la massima partecipazione di tutti gli operatori economici alle gare d'appalto, e la concorrenza in senso soggettivo, che corrisponde alla tutela degli interessi privati di cui sono titolari i

In caso contrario, non si dichiarerà l'inefficacia del contratto, perché se l'interesse al subentro non è stato compromesso, allora non c'è una lesione grave neanche della concorrenza, in quanto l'aggiudicazione è legittima e il contratto è stipulato con colui che aveva titolo all'aggiudicazione. Tuttavia, c'è stata comunque la violazione di una regola formale e, pertanto, seguendo un'ottica punitiva e di deterrenza, alla stazione appaltante vengono irrogate *ex art. 123, co. 3, c.p.a.* le sanzioni alternative⁶²³.

In tal caso, non c'entra l'interesse strumentale del ricorrente, dal momento che la procedura di gara si è svolta correttamente, ma emerge l'interesse al subentro. Quanto più ci si allontani da una tutela piena della concorrenza più emerge la tensione della normativa verso la soddisfazione dell'interesse al bene della vita anelato dal ricorrente, passando da un'inefficacia sanzionatoria⁶²⁴ ad un'inefficacia funzionale al possibile subentro per il ricorrente⁶²⁵. Tale passaggio avviene perché le lettere a) e b), da un lato, e c) e d), dell'art. 121, co. 1, c.p.a., dall'altro, hanno una *ratio* differente: le prime due ipotesi hanno ad oggetto la violazione delle regole poste a presidio della legittimità delle procedure di gara, ove viene in rilievo il solo interesse strumentale dell'impresa ricorrente; le ultime due, invece, sono poste a garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale, ove, dunque, emerge l'interesse del ricorrente al subentro⁶²⁶.

partecipanti alla gara che aspirano all'aggiudicazione dell'appalto. Per questa seconda accezione del concetto di concorrenza cfr. G. CORSO, *Tutela della concorrenza*, in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, parte speciale, I, a cura di G. CORSO – V. LOPILATO, Milano, 2006, 4-5; M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 1429 ss.

⁶²³ L'irrogazione delle sanzioni alternative risponde alla *ratio* di dissuadere le stazioni appaltanti dal commettere violazioni ritenute "gravi" perché potenzialmente lesive dell'interesse del ricorrente ad ottenere tutela e della possibilità di ledere la concorrenza. Specifica E. ZIMEI, *La disciplina sospensiva della stipula del contratto*, *op. loc. ult. cit.*, che la violazione della regola dello *standstill period* sostanziale e processuale si inserisce dopo il confronto concorrenziale che si è svolto correttamente. Pertanto, non si tratta di una "violazione autonoma che rileva *ex se*", non "inquina la gara" e, di conseguenza, "non si ripercuote sulla sorte del contratto ove non sussistano vizi dell'aggiudicazione, secondo una linea direttrice della normativa attenta ad assicurare la prevalenza della sostanza della procedura di affidamento rispetto al mero formalismo". Tale violazione, tuttavia, "rappresenta una irregolarità che può essere colpita con le sanzioni alternative di cui all'art. 123, Codice del processo amministrativo".

⁶²⁴ Sostiene F. FRASCA, *Ottemperanza ed appalti: il «perdurante» problema dell'ampiezza dei poteri del Giudice amministrativo sulla sorte del contratto*, *op. cit.*, 2405, che l'art. 121 c.p.a. presuppone una "logica sanzionatoria" secondo cui solo eccezionalmente "il 'mercato', alterato dalla violazione (grave) del principio di concorrenza, non cede il passo alla certezza del diritto e quindi al mantenimento dello *status quo*". Si precisa che il concetto di inefficacia sanzionatoria è in questa sede utilizzato solo per mettere in luce la "forza" della tutela della concorrenza nelle ipotesi previste alle lettere a) e b) dell'art. 121 c.p.a., ma si ritiene, secondo quanto sarà spiegato nel prosieguo, che si tratta in ambo i casi di un'inefficacia funzionalizzata al subentro. Difatti, ammettere che si tratta di inefficacia sanzionatoria significa accettare la tesi che ritiene che la dichiarazione di inefficacia del contratto possa essere dichiarata d'ufficio, soluzione che, per le ragioni che saranno spiegate nei paragrafi successivi, nella presente trattazione non si accoglie.

⁶²⁵ Afferma, difatti, E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, *op. cit.*, 257, che "a parte i casi di inefficacia sanzionatoria di cui alle lett. a) e b) dell'art. 121 in cui, per mancanza di gara, alcun subentro è possibile, in tutti gli altri casi l'interesse del ricorrente al subentro costituisce presupposto necessario, anche se non sempre sufficiente, ai fini della declaratoria di inefficacia".

⁶²⁶ Rileva E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, *op. cit.*, 1096 ss., che la differenza di disciplina è determinata dalla *ratio* che anima le due categorie suindicate: nelle ipotesi *sub* lettere a) e b) è stato leso l'interesse del ricorrente a partecipare alla gara (si tratta di un interesse strumentale di partecipazione, ossia di un interesse alla rinnovazione della gara per partecipare nuovamente alla procedura selettiva ed avere un'altra *chance* di aggiudicarsi l'appalto), pertanto la dichiarazione di inefficacia del contratto consente all'interessato di concorrere nuovamente in condizioni di parità e

Dunque, la tutela della concorrenza è “calibrata sul concreto interesse del ricorrente”⁶²⁷, di natura strumentale nei casi *sub* lettere a) e b); di natura sostanziale, coincidente con l’interesse sociologico all’aggiudicazione dell’appalto, nelle lettere c) e d)⁶²⁸.

8. L’inefficacia flessibile ed utile: il bilanciamento degli interessi ai sensi dell’art. 121, co. 2, c.p.a.

Tuttavia, l’art. 121, co. 2, c.p.a. disciplina i casi in cui, nonostante le “gravi violazioni” il contratto resta efficace, ferma restando l’applicazione di sanzioni alternative. Dunque, la norma in esame impone al giudice di operare un bilanciamento tra la tutela della concorrenza calibrata sull’interesse concreto del ricorrente e gli interessi pubblici sottesi al contratto che ne richiedono la conservazione. Dalla lettura dell’art. 121 c.p.a. si desume che ciò che deve guidare il g.a. per operare un giusto bilanciamento tra i due interessi pubblici considerati, che devono confrontarsi nel rispetto del principio di proporzionalità⁶²⁹, è l’utilità dell’inefficacia per il ricorrente.

In altri termini, in presenza delle gravi violazioni il giudice dichiara l’inefficacia del contratto, a dispetto di quanto emerge dalla formulazione dell’art. 121, co. 1, c.p.a. che sembra militare per la caducazione automatica degli effetti del contratto, a seguito di un bilanciamento che deve avvenire ai sensi dell’art. 121, co. 2, c.p.a.

Il giudice deve decidere per la conservazione degli effetti del contratto, nonostante le gravi violazioni, qualora “il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti”. Ebbene, in quest’evenienza il giudice, a seguito del

trasparenza. Al contrario, nei casi descritti *sub* lettere c) e d) il ricorrente ha partecipato alla gara, *ergo*, non è stato leso il suo interesse a concorrere, ma viene in rilievo il suo interesse ad ottenere l’aggiudicazione, pertanto, il g.a. potrà dichiarare l’inefficacia del contratto solo se la violazione da parte della stazione appaltante dei tempi di attesa, si accompagni “a vizi che abbiano influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l’aggiudicazione”, perché doveva risultare vincitore ovvero ripetersi totalmente o parzialmente la gara per avere un’altra *chance* di diventare aggiudicatario. Difatti, se alla violazione dello *standstill period* sostanziale o processuale non si aggiungono altri vizi “che possano attribuire al ricorrente l’affidamento o la possibilità dell’affidamento, l’inefficacia del contratto non va dichiarata perché non soddisfa l’interesse del ricorrente, né quelli della stazione appaltante e del controinteressato-contrante”. Tuttavia tali violazioni non restano prive di conseguenze, ma si applicano le sanzioni alternative.

⁶²⁷ E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell’aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, *op. cit.*, 252.

⁶²⁸ Tuttavia, osserva E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, *op. cit.*, 1095, che in tutte e quattro le ipotesi sono tutelati interessi di cui sono portatori i partecipanti alla gara: interesse alla tutela della concorrenza nei primi due casi; interesse alla soddisfazione specifica ad ottenere l’aggiudicazione, in ossequio al principio di effettività della tutela, negli altri due. In senso analogo sembra esprimersi S. MIGLIETTA, *La tutela del concorrente escluso dopo l’annullamento dell’aggiudicazione illegittima*, in *Urb. e app.*, 2017, 257 ss., secondo cui l’inefficacia del contratto interviene solo nelle ipotesi di violazione delle regole delle procedure ad evidenza pubblica che si siano tradotte “in una compromissione (quantomeno potenziale) del diritto dei concorrenti di rivolgersi a un giudice prima della sottoscrizione del contratto”. E, ancora sul punto N. BASSI, *L’inefficacia del contratto di appalto fra obblighi europei e legislazione nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 729, il quale ritiene che nella logica del legislatore europeo l’inefficacia del contratto è funzionale all’effettività del diritto al ricorso.

⁶²⁹ Per una completa disamina del principio di proporzionalità e delle sue varie declinazioni cfr. V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012.

bilanciamento operato, ha concluso che l'interesse pubblico alla conservazione del contratto, espressione del principio di certezza dei rapporti giuridici e corrispondente all'interesse sostanziale del controinteressato aggiudicatario, debba prevalere sulla tutela della concorrenza, nonostante le "gravi violazioni".

Tra le esigenze imperative che potrebbero determinare la conservazione degli effetti del contratto rientrano i motivi di carattere tecnico "tali da rendere evidenti che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale". Dunque, in un'ipotesi siffatta la dichiarazione di inefficacia del contratto non sarebbe di alcuna utilità al ricorrente, non potendo subentrare nel contratto⁶³⁰.

In casi eccezionali⁶³¹ gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative qualora l'inefficacia del contratto conduca a conseguenze sproporzionate, ma è prevista come ulteriore condizione che il ricorrente abbia proposto domanda di subentro nel contratto e il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara.

Più nello specifico, qualora il vizio dell'aggiudicazione comporti l'obbligo di rinnovare la gara è necessario procedere alla dichiarazione di inefficacia del contratto, dal momento che c'è stata una grave violazione delle regole poste a presidio della legittimità delle procedure di gara.

Ma vi è di più. Solo in tal caso l'interesse pubblico alla tutela della concorrenza non coincide con l'interesse del ricorrente al subentro, che tra l'altro, non potrebbe avere luogo venendo in rilievo il solo interesse strumentale; mentre nelle altre ipotesi considerate dall'art. 121, co. 2, c.p.a. la tutela della concorrenza "tende sempre di più a coincidere con l'interesse del ricorrente al subentro"⁶³².

Difatti, l'art. 121, co. 2, c.p.a. tipizza non solo le ipotesi in cui il g.a. dovrebbe decidere per la conservazione del contratto, non essendo il subentro utile, ovvero possibile per il ricorrente, ma anche i casi in cui quest'ultimo non abbia manifestato la volontà di subentrare nel contratto. Difatti, l'art. 121, co. 2, c.p.a., impone al g.a. di decidere per la conservazione del contratto non solo quando i residui obblighi contrattuali possono essere adempiuti solo dall'originario aggiudicatario, ma anche quando la dichiarazione di inefficacia condurrebbe a conseguenze sproporzionate, "avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione alla domanda di subentro" da parte del ricorrente.

⁶³⁰ Dal momento che solo l'originario aggiudicatario può rispettare "i residui obblighi contrattuali".

⁶³¹ Difatti, l'art. 121, co. 2, c.p.a. chiarisce che gli interessi economici non possono essere presi in considerazione come esigenze imperative, se non in circostanze eccezionali previste dal medesimo articolo. Sicuramente non costituiscono esigenze imperative "gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia". Come sarà chiarito nel Capitolo IV della presente trattazione l'art. 120, co. 8-ter, c.p.a., contraddicendo quanto affermato dall'art. 121, co. 2, c.p.a., collega le esigenze imperative agli interessi economici derivanti direttamente dal contratto.

⁶³² E. STICCHI DAMIANI, *Annulamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, op. cit., 252.

In altri termini, il g.a. non dichiara l'inefficacia del contratto qualora questa non sia utile al ricorrente o da questi non desiderata, bilanciando tali interessi con quello alla conservazione del contratto, che deve prevalere quando, sulla base del principio di proporzionalità, i danni che deriverebbero alla stazione appaltante e al controinteressato sarebbero maggiori rispetto ai vantaggi arrecati al ricorrente.

Il concetto di inefficacia "utile" emerge palesemente dall'art. 121, co. 1, lett. c) e d), c.p.a. ove la violazione dello *standstill period* diventa grave solo se ha inciso negativamente sulla possibilità del ricorrente di divenire aggiudicatario, *ergo* solo se sia utile a far ottenere l'aggiudicazione al ricorrente⁶³³.

In definitiva, la concreta possibilità e la volontà del ricorrente di subentrare nel contratto d'appalto, ridimensiona e "proporzionalizza" l'ambito di applicazione del principio della libera concorrenza, la cui tutela massima sarebbe rappresentata dalla caducazione automatica degli effetti del contratto⁶³⁴. Tuttavia, ai fini della dichiarazione di inefficacia del contratto non è sufficiente rilevare una violazione grave delle regole della concorrenza, ma è necessario che il giudice valuti se essa sia utile per realizzare l'effettiva soddisfazione dell'interesse al bene della vita anelato dal ricorrente.

Perciò si è affermato che il giudice dichiara l'inefficacia del contratto se la lesione delle regole della concorrenza coincidano con la lesione dell'interesse materiale del ricorrente. A cui si è

⁶³³ Osserva E. STICCHI DAMIANI, *Annulamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, op. cit., 248 ss., che mentre nelle ipotesi descritte *sub* lettere a) e b) dell'art. 121, co. 1, c.p.a. è l'interesse pubblico sotteso al contratto a prevalere sulla tutela della concorrenza gravemente compromessa dalla gravità delle violazioni, inserendosi nel bilanciamento operato dal giudice anche l'eventuale utilità che la dichiarazione di inefficacia potrebbe realmente arrecare al ricorrente; mentre per le altre due ipotesi, lettere c) e d), a decretare la prevalenza della conservazione della conservazione degli effetti del contratto non è l'interesse pubblico sotteso allo stesso, ma "il non interesse" del ricorrente. L'Autore parla di "non interesse" del ricorrente, in quanto quest'ultimo potrebbe non avere interesse alla dichiarazione di inefficacia del contratto, qualora nonostante la violazione dei tempi di attesa da parte della stazione appaltante, comunque non gli sia stata preclusa la facoltà di tutelarsi. In tal caso, l'utilità della dichiarazione di inefficacia del contratto per il ricorrente è una condizione necessaria affinché la violazione dello *standstill period* diventi "grave". In altri termini, l'utilità diventa condizione necessaria per consentire al giudice di effettuare il bilanciamento tra tutela della concorrenza ed interesse pubblico sotteso al contratto ai sensi dell'art. 121, co. 2, c.p.a., mentre nelle prime due ipotesi considerate la predetta utilità viene in rilievo in un momento successivo, tuttavia, in prima battuta, è sufficiente che ci sia stata la violazione di una regola di trasparenza e pubblicità (lettere a e b) per consentire il temperamento degli interessi ai sensi dell'art. 121, co. 2, c.p.a. Pertanto, rileva l'Autore che nell'economia dell'art. 121, co. 1, lett. c) e d), c.p.a. "l'interesse del ricorrente a conseguire l'aggiudicazione e il contratto, in quanto diretta espressione della tutela della concorrenza, si pone, già da questa previsione, come un interesse forte all'interno del confronto che presiede la possibile declaratoria di inefficacia del contratto".

⁶³⁴ Spiega, difatti, E. STICCHI DAMIANI, *Annulamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, op. cit., 246 ss., che ai fini della declaratoria dell'inefficacia del contratto "incidono non solo la ponderazione del giudice circa la proporzionalità che caratterizza il rapporto inefficacia-interesse pubblico sotteso al contratto, ma la stessa volontà della parte ricorrente. Tale volontà viene in rilievo ai fini di ridimensionare e proporzionalizzare l'operatività del principio di libertà di concorrenza. Non v'è dubbio infatti che la caducazione, sempre e comunque, del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione rappresenta il massimo di tutela attribuibile a tale principio. Tutela che, se assume valore ripristinatorio e di risarcimento in forma specifica ogni volta che consente il subentro del ricorrente nell'aggiudicazione e nel contratto, ha invece valore meramente sanzionatorio in tutti gli altri casi".

aggiunto un altro tassello, vale a dire l'utilità dell'inefficacia⁶³⁵: la privazione di effetti del contratto deve essere possibile, utile e desiderata dal ricorrente, altrimenti, nonostante le gravi violazioni, il giudice conserva l'efficacia del contratto. Beninteso, il g.a. deve sempre contemperare, sulla base del principio di proporzionalità, l'utilità della dichiarazione di inefficacia del contratto per il ricorrente con l'interesse pubblico sotteso al contratto⁶³⁶.

9. Il potere valutativo del g.a. nelle ipotesi di violazioni "ordinarie". La centralità dell'interesse del ricorrente al subentro.

L'art. 122 c.p.a., rispetto all'art. 121 c.p.a., attribuisce al giudice un potere valutativo ancora maggiore qualora si sia in presenza delle cc.dd. "violazioni ordinarie"⁶³⁷. Difatti, il g.a. può decidere innanzitutto, a seguito di un bilanciamento dei vari interessi in contesa, se dichiarare l'inefficacia del contratto e, in caso di esito positivo, con quale decorrenza (*ex tunc* ovvero *ex nunc*). Nell'economia dell'art. 122 c.p.a. la "funzionalizzazione della declaratoria di inefficacia del contratto alla possibilità di subentro del ricorrente"⁶³⁸ risulta maggiormente evidente.

In altri termini, l'art. 121, co. 1 e 2, c.p.a., impone al giudice di operare un bilanciamento tra la tutela della concorrenza calibrata sull'interesse sostanziale del ricorrente, a cui si aggiunge la valutazione sull'utilità della dichiarazione di inefficacia ai fini della soddisfazione dell'interesse al

⁶³⁵ Osserva E. STICCHI DAMIANI, *Annulamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, op. cit., 248, che "dall'automatismo della caducazione generalizzata", si pensi alle ipotesi descritte *sub* lettere a) e b) dell'art. 121, co. 1, c.p.a., si passa "dapprima ad una caducazione con eccezioni connesse ad un interesse pubblico di particolare pregnanza", e si fa riferimento ai casi descritti dall'art. 121, co. 2, c.p.a., vale a dire alle "esigenze imperative connesse ad un interesse generale" che impongono la conservazione degli effetti del contratto, "e infine ad un'inefficacia intesa come nozione complessa la cui operatività è subordinata all'evidenziarsi di interessi pubblici e privati e alla valutazione conclusiva del giudice che deve ponderarli sotto il profilo della proporzionalità delle scelte e dell'effettività della tutela che è chiamato ad assicurare".

⁶³⁶ In altri termini, il g.a., a seguito di una violazione grave *ex art.* 121, co. 1, c.p.a., lett. a) e b), o che diventa grave alle condizioni previste alle lettere c) e d), deve contemperare da un lato la tutela della concorrenza calibrata sull'interesse sostanziale del ricorrente, dall'altro, gli interessi pubblici sottesi al contratto. Tuttavia, tale bilanciamento, che deve avvenire sulla base del principio di proporzionalità, deve tener conto anche dell'eventuale utilità che la dichiarazione di inefficacia del contratto potrebbe arrecare al ricorrente, escludendola tutte le volte in cui non solo non sia utile o possibile per il ricorrente, ma anche quando quest'ultimo non abbia manifestato la volontà di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto (ad esempio qualora non abbia presentato domanda di subentro). Dunque, anche l'utilità della dichiarazione di inefficacia del contratto assurge a parametro valutativo che il giudice deve tenere in considerazione quando opera il predetto bilanciamento. Illuminanti sono sul punto le parole di E. STICCHI DAMIANI, *Annulamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, op. cit., 249, il quale afferma "nel momento in cui si è passati da una tutela piena della concorrenza, quale quella assicurata dalla caducazione generalizzata, a una tutela parziale ma mirata a garantire al ricorrente vincitore tutte le possibili *chances* di subentro, tale tutela proprio in ragione della sua funzionalizzazione, doveva essere necessariamente "forte". È come se la disciplina introdotta limiti l'effetto favorevole al ricorrente alla sola inefficacia "utile" e dia però a questa tutela parziale la maggiore incidenza possibile sull'assetto di interessi determinato dall'annullamento dell'aggiudicazione".

⁶³⁷ Cfr. E. STICCHI DAMIANI, *Brevi note in tema di annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto: i poteri del giudice alla luce del codice del processo amministrativo*, in www.ius-publicum.com, 2012, 12 ss.; ID., *Annulamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, op. cit., 254, il quale afferma che tali violazioni possono essere definite "ordinarie" dal momento che rappresentano le violazioni "di più frequente accadimento, risultando chiaramente, sul piano statistico, residuali proprio le c.d. violazioni gravi di cui all'art. 121".

⁶³⁸ E. STICCHI DAMIANI, *Annulamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, op. loc. ult. cit.

subentro, e gli interessi pubblici sottesi al contratto. Al contrario, nell'art. 122 c.p.a. la possibilità e la volontà del ricorrente di subentrare nel contratto d'appalto assurge addirittura a presupposto affinché il g.a. possa effettuare la successiva ponderazione tra i vari interessi in gioco⁶³⁹.

Difatti, la norma *de qua* consente al giudice di decidere tra conservazione e dichiarazione di inefficacia del contratto solo se ricorrono due condizioni: il vizio dell'aggiudicazione non deve comportare l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentro sia stata proposta. Dunque, trattandosi di violazioni che non infliggono un notevole *vulnus* all'interesse pubblico alla tutela della concorrenza, assume peso maggiore la volontà del ricorrente di subentrare, che deve essere manifestata espressamente. Difatti, se la tutela piena dell'interesse pubblico alla concorrenza obbliga il giudice a rispettare i rigidi parametri stabiliti dall'art. 121 c.p.a., onde decidere per la dichiarazione ovvero la conservazione degli effetti del contratto, la scomparsa dell'esigenza di tutela "forte" della concorrenza nell'economia dell'art. 122 c.p.a. se da un lato consente al giudice di effettuare un bilanciamento degli interessi più penetrante, dall'altro, permette di riservare maggiore attenzione agli interessi delle parti e, *in primis*, all'interesse al bene della vita agognato dal ricorrente, nel rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale⁶⁴⁰.

Quanto detto è confermato da una delle due condizioni richieste dall'art. 122 c.p.a. affinché al giudice sia consentito di effettuare la relativa ponderazione, vale a dire i casi in cui il vizio dell'aggiudicazione comporti l'obbligo di rinnovare la gara. Difatti, in tal caso, la dichiarazione di inefficacia del contratto è necessitata dalla tutela "forte" della concorrenza che deve essere ristabilita ed è calibrata sull'interesse strumentale del ricorrente di essere riammesso a partecipare alla gara per avere un'altra *chance* di vincerla.

Ebbene, al di fuori dell'ipotesi testè descritta, non essendoci più la necessità di garantire una piena tutela della concorrenza, il g.a. potrà nuovamente considerare gli interessi delle parti, tornando *in auge* tutte le regole del nostro processo amministrativo basato sul principio dispositivo e sulla soddisfazione della "pretesa della parte vittoriosa"⁶⁴¹.

⁶³⁹ È interessante sul punto riportare quanto affermato da M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010, op. cit.*, 61, secondo cui se nel caso delle "gravi violazioni" l'inefficacia 'flessibile' potrebbe meglio definirsi 'cedevole', dal momento che "di norma il contratto resta inefficace, ma è possibile salvarlo, in tutto o in parte"; nelle ipotesi delle violazioni cc.dd. ordinarie, invece, "l'inefficacia potrebbe qualificarsi facoltativa: non è conseguenza necessaria, ma nemmeno ordinaria dell'annullamento dell'aggiudicazione". In ambo i casi, però, "il dato caratterizzante è rappresentato dalla assenza di un vincolato rapporto di consequenzialità tra annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto".

⁶⁴⁰ Cfr. più ampiamente sul punto F. LIGUORI, *Appunti sulla tutela processuale e sui poteri del giudice nel decreto legislativo n. 53 del 2010*, in www.giustamm.it

⁶⁴¹ Difatti, l'art. 44, co. 2, lett. b), n. 4, L. n. 69 del 2009, delegava il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi che disciplinassero le azioni e le funzioni del giudice "prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa".

Che la dichiarazione di inefficacia del contratto è subordinata all'accoglimento della domanda di subentro si evince dai parametri valutativi indicati dall'art. 122 c.p.a.: il g.a. ai fini della dichiarazione di inefficacia del contratto dovrà valutare nella fase di ponderazione, svolta sulla base del principio di proporzionalità, l'effettiva possibilità "per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati", nonché la "possibilità di subentrare nel contratto". Ebbene, anche in tal caso emerge il concetto di inefficacia "utile". La dichiarazione di inefficacia del contratto sarà utile quando il subentro, quale bene della vita anelato dal ricorrente, sia per questi possibile e desiderato, da comparare con lo "stato di esecuzione del contratto", espressione dell'interesse pubblico alla conservazione degli effetti del contratto medesimo⁶⁴².

Pertanto, il giudice dichiarerà l'inefficacia del contratto se dall'accoglimento della domanda di subentro non conseguano "conseguenze sproporzionate" rispetto agli interessi pubblici sottesi al contratto⁶⁴³.

Appare evidente come l'interesse del ricorrente al subentro assuma maggiore rilevanza all'interno della fattispecie descritta dall'art. 122 c.p.a., atteso che la manifestazione della volontà di subentrare non solo costituisce il presupposto che legittima l'attività di ponderazione degli interessi da parte del giudice, ma, in seconda battuta, il criterio prevalente sulla base del quale il g.a. militerà per la dichiarazione ovvero conservazione degli effetti del contratto⁶⁴⁴.

Il meccanismo descritto dall'art. 122 c.p.a., non è molto lontano da quello dell'art. 121 c.p.a. ove, al di là delle differenze riscontrate, comunque il giudice è chiamato ad effettuare un bilanciamento tra quella che può essere definita la tutela "utile" della concorrenza, coincidente con la possibilità e la volontà⁶⁴⁵ del ricorrente di subentrare nel contratto d'appalto; e l'interesse pubblico sotteso al contratto medesimo, la cui prevalenza ne determina la conservazione degli effetti.

Si precisa che l'interesse pubblico sotteso al contratto corrisponde all'interesse oggettivo della collettività amministrata⁶⁴⁶, che auspica alla stabilità e alla certezza dei rapporti giuridici e che, indirettamente, soddisfa l'interesse del controinteressato aggiudicatario alla conservazione del

⁶⁴² Tale parametro "impinge più direttamente sugli interessi pubblici in quanto potrà ben sussistere un interesse del ricorrente a subentrare in un contratto anche in gran parte eseguito ma ad esso potrà incisivamente contrapporsi un interesse pubblico legato ai costi e ai tempi di siffatto subentro".

⁶⁴³ E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, op. cit., 256-257.

⁶⁴⁴ Cfr. E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, op. cit., 257.

⁶⁴⁵ In cui logicamente si include l'utilità della dichiarazione di inefficacia del contratto per il ricorrente.

⁶⁴⁶ Precisa R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo*, Milano, 2012, 2293, che l'interesse pubblico alla conservazione del contratto nel caso delle infrastrutture strategiche e negli appalti di opere di pubblica utilità corrisponde all'interesse generale alla celere realizzazione dell'opera pubblica.

contratto⁶⁴⁷, ma non coincide con l'interesse soggettivo della stazione appaltante, "che viene infatti sottoposta a sanzioni alternative e in più occasioni condannata a risarcire il danno"⁶⁴⁸.

Si tratta di un bilanciamento che ha ad oggetto due interessi pubblici, ove l'interesse del ricorrente al subentro è espressione di due valori di origine comunitaria: la tutela della concorrenza e l'effettività della tutela giurisdizionale.

10. La natura e la tipologia del potere giurisdizionale esercitato. Celata introduzione della giurisdizione di merito? Le varie tesi a confronto.

L'art. 44, co. 3, lett. h) della legge delega n. 88 del 2009 prescriveva di recepire la normativa comunitaria "nell'ambito di una giurisdizione esclusiva e di merito".

Tuttavia, l'art. 7 d.lgs. n. 53 del 2010 elimina il riferimento alla giurisdizione di merito. Tale scelta è stata condivisa dal Consiglio di Stato nel parere n. 368 del 2010⁶⁴⁹, in quanto la previsione *in subiecta materia* della giurisdizione di merito avrebbe arrecato un *vulnus* al principio della separazione dei poteri, consentendo al giudice di sostituirsi alla p.a. e compiere scelte che competono solo a quest'ultima. Inoltre, la giurisdizione di merito sarebbe difficilmente compatibile con la cognizione dei diritti soggettivi derivanti dal contratto⁶⁵⁰.

⁶⁴⁷ Alcuni indirizzi interpretativi, in assenza di un appliglio legislativo, nel prospettare le varie ricostruzioni relative alla sorte del contratto a seguito dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione tenevano in debito conto la buona o mala fede del contraente controinteressato all'aggiudicazione, tanto da affermare che se quest'ultimo fosse stato in buona fede allora il giudice avrebbe deciso per la conservazione degli effetti del contratto. Dunque, l'assenza o la presenza della buona fede, a parere di tale orientamento facente capo a F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, *op. cit.*, 815 ss., diventa un parametro valutativo rilevante sulla base del quale il g.a. deve decidere per la dichiarazione ovvero per la conservazione degli effetti del contratto. Tra i sostenitori di tale orientamento cfr., fra gli altri, M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto tra nullità, annullabilità ed inefficacia: la giurisdizione esclusiva amministrativa e la reintegrazione in forma specifica*, in *Dir. e form.*, 2003, 261; F. CINTIOLI, *Annullamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, in www.giustizia-amministrativa.it; C. LEONE, *La tutela del contraente in buona fede nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.- C.d.s.*, 2004, 947 ss. Tuttavia, la direttiva ricorsi 2007/66/CE, l'art. 44 della legge delega n. 88 del 2009 e il d.lgs. n. 53 del 2010, "sono centrati sulla posizione e la tutela del ricorrente", ma nulla dispongono sulla tutela della buona fede del contraente controinteressato, il cui interesse alla conservazione del contratto, nonostante sia dello stesso tipo anche se opposto a quello del ricorrente, resta sullo sfondo. Cfr. sul punto E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, *op. cit.*, 1085-1086. Anche all'interno della dottrina successiva all'introduzione degli artt. 120 e ss. c.p.a. si ravvisano contrasti interpretativi sulla rilevanza della buona fede del terzo aggiudicatario. Tra gli altri si ricordi un orientamento più radicale che fa capo a F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti (Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul "nuovo" processo amministrativo sui contratti pubblici)*, in www.giustamm.it, secondo cui il g.a. non dichiarerà l'inefficacia del contratto qualora il terzo contraente sia in buona fede. Tale parametro viene considerato prevalente rispetto a tutti gli altri indici valutativi indicati dall'art. 122 c.p.a. ai fini della conservazione dell'efficacia del contratto. Considera, invece, la buona fede come un parametro valutativo equiparato a tutti gli altri, la cui esistenza non comporta ineluttabilmente la conservazione degli effetti del contratto M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010*, *op. cit.*, 87 ss.

⁶⁴⁸ E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, *op. cit.*, 262.

⁶⁴⁹ Cfr. Cons. Stato, comm. spec., 1 febbraio 2010, n. 368, (parere reso sullo schema del d.lgs. n. 53 del 2010).

⁶⁵⁰ Tale affermazione è condivisa da M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010*, *op. cit.*, 82.

Tuttavia, anche a seguito dell'espunzione del richiamo alla giurisdizione di merito ad opera del legislatore delegato, nonché del parere favorevole espresso dal Consiglio di Stato, la dottrina si è interrogata se, al di là della precisa presa di posizione del d.lgs. n. 53 del 2010, si fosse comunque in presenza di una giurisdizione estesa al merito⁶⁵¹.

Tale dubbio è stato alimentato dagli ampi ed incisivi poteri attribuiti al giudice amministrativo ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a. Difatti, è soprattutto il giudizio di bilanciamento tra i vari interessi pubblici in contesa che il giudice deve compiere in base all'art. 122 c.p.a., per decidere l'*an* e il *quando* della dichiarazione di inefficacia del contratto conseguente alla caducazione dell'atto di aggiudicazione, ad aver ingenerato tra gli interpreti il dubbio se più che di giurisdizione esclusiva si tratti di una giurisdizione di merito "innominata"⁶⁵².

Un primo indirizzo interpretativo⁶⁵³ ravvisava nei penetranti poteri cognitori e decisori attribuiti al g.a., soprattutto ai sensi dell'art. 122 c.p.a., un chiaro indizio della persistenza in materia della giurisdizione di merito, nonostante la sua soppressione ad opera del d.lgs. n. 53 del 2010.

A tale indirizzo si è obiettato⁶⁵⁴ che oltre a porsi in contrasto con il legislatore delegato che intenzionalmente ha eliminato il riferimento alla giurisdizione di merito⁶⁵⁵ violerebbe anche il disposto degli artt. 7, co. 6, e 134 c.p.a., dal momento che si configurerebbe un'ipotesi di giurisdizione estesa al merito al di fuori dei casi tassativamente previsti⁶⁵⁶.

⁶⁵¹ G. TROPEA, *L'ibrido fiore della conciliazione: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 976 ss., invita a considerare l'indicazione della giurisdizione di merito ad opera della legge delega, anche se poi eliminata dal Governo, in quanto l'interprete deve in ogni caso intravedere "in tale originario riferimento la spia di una (quanto meno) percepita "eccedenza" rispetto ai caratteri della giurisdizione amministrativa di legittimità".

⁶⁵² Si tratta della locuzione utilizzata da M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, in *www.federalismi.it*, 1 ss., con riferimento a tutti gli orientamenti che inquadrano i poteri esercitabili dal g.a. a seguito dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione nell'ambito della giurisdizione di merito, nonostante l'espunzione del relativo richiamo ad opera del legislatore delegato.

⁶⁵³ Cfr. R. CAPONIGRO, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto*, in *Foro amm.- C.d.s.*, 2009, 2341 ss.; ID., *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; R. POLITI, *Il contenzioso in materia di appalti: dal recepimento della Direttiva ricorsi al Codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, i quali sono particolarmente critici nei confronti della soluzione adottata dal d.lgs. n. 53 del 2010, perché contraria all'art. 44 della legge delega n. 88 del 2009, nonché smentita dalla particolare incisività che caratterizza gli odierni poteri del g.a. nel rito in materia di appalti pubblici.

⁶⁵⁴ Cfr. F. SAITTA, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, *op. cit.*

⁶⁵⁵ Precisa F. SAITTA, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, *op. cit.*, che la previsione della giurisdizione di merito in materia si pone non solo in contrasto con "il criterio interpretativo letterale" dal momento che l'art. 7 d.lgs. n. 53 del 2010 elimina il riferimento alla giurisdizione di merito; ma anche con quello "logico-sistematico", "essendo quantomeno improbabile che il Governo, ove fosse stato intenzionato a prevedere un'ipotesi di giurisdizione estesa al merito, in contrasto con le indicazioni del Consiglio di Stato, non l'avrebbe prevista espressamente, mentre, recependo l'indicazione dello stesso Consiglio, ha esplicitamente qualificato la giurisdizione stessa come esclusiva".

⁶⁵⁶ Difatti, l'art. 7, co. 6, c.p.a. stabilisce il principio di tassatività dei casi di giurisdizione estesa al merito, affermando che tale giurisdizione è esercitabile solo nelle materie indicate dalla legge e, aggiunge, dall'art. 134 c.p.a. Dunque, se le controversie in materia di appalti pubblici non sono annoverate nell'elenco predisposto dall'art. 134 c.p.a. deve concludersi per l'esclusione della giurisdizione di merito *in subiecta materia*. È questo il ragionamento condotto da F. SAITTA, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, *op. cit.*

Ma vi è di più. La giurisdizione di merito implica la sostituzione del giudice nelle valutazioni discrezionali normalmente riservate alla pubblica amministrazione. Valutazioni che, nel caso di specie, non spettano neanche più alla stazione appaltante, essendo ad essa precluso l'esercizio di poteri discrezionali sul contratto, trattandosi di un istituto privatistico⁶⁵⁷.

Un'altra parte della dottrina⁶⁵⁸ sposa una tesi che è stata definita "civilistica"⁶⁵⁹ poiché, talvolta facendo leva sull'utilizzo negli artt. 121 e 122 c.p.a. di clausole generali⁶⁶⁰, talaltra sul carattere "gestionale"⁶⁶¹ più che decisorio attribuito al g.a., ritiene che il bilanciamento d'interessi a questi affidato abbia le fattezze di un "giudizio secondo equità"⁶⁶².

A tale tesi si è replicato che seppure ha il pregio di superare tutte le obiezioni relative all'inconciliabilità tra la giurisdizione di merito e i diritti soggettivi nascenti dal contratto⁶⁶³ e di

⁶⁵⁷ Cfr. sul punto M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, op. cit., 8, il quale afferma che con riferimento all'espunzione del riferimento alla giurisdizione di merito ad opera del d.lgs. n. 53 del 2010 è "difficile sostenere, come era forse ipotizzabile prima del 16 settembre 2010 che ora, nel nuovo disegno del processo, si sia in presenza di una giurisdizione di merito "innominata", come, invece qualcuno aveva ipotizzato, con riferimento alla disciplina introdotta del decreto legislativo n. 53/2010". E poi aggiunge: "tanto più che potrebbe risultare piuttosto laborioso ammettere una valutazione discrezionale in ordine a rapporti di natura privatistica". In senso analogo e, forse, ancora più critico si esprime F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 22 ss., il quale dopo aver rammentato che la giurisdizione di merito, in generale, implica l'eccezionale sostituzione del giudice nelle valutazioni di merito e opportunità riservati all'amministrazione, afferma che se nel caso di specie la giurisdizione di merito consiste nel "potere di compiere valutazioni *discrezionali* circa l'opportunità di tenere in vita un certo contratto, si deve subito obiettare che la p.a. non ha il potere di decidere sulle sorti dei negozi giuridici privati. Sicché l'invocazione della giurisdizione di merito non aiuterebbe la configurazione che volesse giustificare, con questa via, una eccezionale *discrezionalità* del g.a."

⁶⁵⁸ Cfr. F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, op. cit., secondo cui gli ampi poteri di apprezzamento attribuiti al g.a. comportano che quest'ultimo sia quasi "chiamato ad assumere una decisione di equità, senza che specifici parametri possano guidarne l'apprezzamento". Dunque, l'Autore se da un lato afferma di trovarsi dinanzi ad un giudizio secondo equità, dall'altro esprime un parere negativo riguardo a tale soluzione, che a suo giudizio "rischia di andare a discapito della protezione del singolo che – anche al di fuori dei casi che più direttamente concernono la concorrenza – si confronta con un potere sanzionatorio ampiamente discrezionale esercitato non già dall'amministrazione, ma da un giudice".

⁶⁵⁹ Espressione utilizzata da M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, op. cit., 8 ss., per individuare quel particolare filone interpretativo che risolve il quesito proposto nel testo della presente trattazione facendo riferimento alle categorie giuridiche del diritto privato.

⁶⁶⁰ Negli articoli menzionati vengono utilizzate non solo clausole generali, ma anche concetti giuridici indeterminati che necessitano di essere specificati facendo riferimento a criteri *extra*-giuridici. Per maggiori dettagli sull'utilizzo delle clausole generali nel diritto amministrativo cfr. L. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giur. it.*, 2012, 1213 ss.

⁶⁶¹ Cfr. più ampiamente sul punto A. BOTTO, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto*, in *I settori speciali nel codice dei contratti pubblici*, a cura di C. FRANCHINI - F. TITOMANLIO, Torino, 2010, 10.

⁶⁶² Il "giudizio secondo equità" si contrappone al "giudizio secondo diritto". Difatti, mentre nel secondo caso la decisione del giudice è vincolata al rispetto di un determinato parametro normativo; nel primo il giudice si pone o come creatore di una nuova regola non scritta, discorrendosi in tal caso di equità suppletiva/sostitutiva, ovvero integra e specifica il contenuto di determinate disposizioni generali ed astratte, ed è questa la c.d. equità integrativa/correttiva. Il filone interpretativo che ritiene che il g.a. svolga un giudizio di equità fa riferimento all'equità integrativa/correttiva, dal momento che le clausole generali contenute negli artt. 121 e 122 c.p.a., seppur fumose, sono comunque dettate dal legislatore e al giudice è richiesto di integrarle. Difatti, afferma efficacemente M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, op. cit., 9, "nel caso di specie, ci si troverebbe in presenza di una sorta di equità parzialmente "pilotata", perché inserita nel quadro di appositi parametri normativi (per quanto incompleti, generici, e sicuramente delineati come meramente esemplificativi)". Per quanto attiene al giudizio di equità in generale cfr. A. NASI, *Equità (giudizio di)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 109 ss.

⁶⁶³ Cfr. M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, op. cit., 9.

valorizzare il ruolo del giudice, d'altro canto il giudizio secondo equità sarebbe privo di copertura comunitaria⁶⁶⁴ e costituzionale. Ed anzi, sotto questo secondo profilo sembrerebbe in aperta antitesi con il dettato costituzionale, dal momento che, al di fuori delle tassative ipotesi di giurisdizione di merito, il giudice deve effettuare un sindacato di legittimità rispettoso del principio di legalità⁶⁶⁵.

Un altro filone interpretativo ritiene che il giudizio di bilanciamento affidato al giudice abbia forti analogie con la ponderazione degli interessi pubblici e privati che si agitano nel concreto della fattispecie che la p.a. compie nell'esercizio del potere discrezionale. Si è, pertanto, discusso di una possibile "amministrativizzazione del giudice"⁶⁶⁶ per cui si ha un "giudice-amministratore"⁶⁶⁷ che decide sulla base di una discrezionalità simile a quella esercitata dall'amministrazione.

Anche a tale tesi si è obiettato che il bilanciamento di interessi che precede l'eventuale dichiarazione di inefficacia del contratto è estraneo "alla ragion d'essere della discrezionalità amministrativa, come ponderazione tra interesse pubblico primario e interessi secondari che la tradizione ci consegna"⁶⁶⁸.

Ebbene, per salvaguardare la "coerenza sistematica e la conformità costituzionale del disegno normativo"⁶⁶⁹ anche se i penetranti poteri di apprezzamento attribuiti al g.a., soprattutto ex art. 122 c.p.a., potrebbero far concludere per un'ipotesi di svolgimento del processo secondo equità, deve ragionevolmente escludersi che si tratti di un siffatto giudizio, ma che si controverte nell'ambito di un giudizio "secondo diritto". Difatti, i parametri legislativi, seppur fumosi ed elastici, sono

⁶⁶⁴ Afferma F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti (Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul "nuovo" processo amministrativo sui contratti pubblici)*, op. cit.; e nello stesso senso in ID., *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, op. cit., 23, che il giudizio di equità "sarebbe un inedito assoluto", tra l'altro non richiesto dalla direttiva ricorsi che è apparsa molto rispettosa delle tradizioni giuridiche e dei principi generali e costituzionali degli Stati membri.

⁶⁶⁵ Difatti, afferma F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti (Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul "nuovo" processo amministrativo sui contratti pubblici)*, op. cit., che "l'idea che il giudice amministrativo eserciti, oltretutto in un campo sì cruciale, una sorta di giurisdizione (si badi, non di merito) ma di equità e che possa anche travolgere l'autonomia contrattuale potrebbe scontrarsi con una serie di norme costituzionali che qui si possono solo rapidamente ipotizzare in sequenza: artt. 3, 24, 41, 100, 103, 113 Cost. Del resto, è proprio il Consiglio di Stato che nel suo parere raccomanda che al giudice non sia assegnata una giurisdizione di merito e che gli sia sempre garantito un compito agganciato al principio di legalità". Aggiunge l'Autore che il g.a. "ci ha abituato al compimento di una sorta di ponderazione degli interessi in gioco, mettendo a confronto interessi privati ed interessi pubblici, ma si è trattato sempre di casi nei quali era in gioco la domanda cautelare e che, quindi, attraggono questa esperienza nelle considerazioni attinenti il *periculum in mora* o la provvisorietà della misura urgente". Tuttavia, al di fuori di questi casi il g.a. "non compie 'puri' bilanciamenti di interessi", ma esercita "un sindacato di legittimità, se del caso anche sotto l'egida dell'eccesso di potere, irragionevolezza e proporzionalità. E restando fermo e separato il caso, tutto peculiare, del giudizio di ottemperanza e della corrispondente giurisdizione di merito".

⁶⁶⁶ È questa la posizione di E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, op. cit., 263.

⁶⁶⁷ Tale espressione si deve a P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 712.

⁶⁶⁸ F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, op. cit., 23.

⁶⁶⁹ F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, op. cit., 24 ss.

comunque stati dettati dal legislatore e, pertanto, il giudice deve ad essi fare riferimento quando esercita i suoi nuovi poteri.

In quest'ordine di idee sembra inserirsi autorevole dottrina⁶⁷⁰, la quale, dopo aver controbattuto la tesi di quanti hanno ravvisato un'ipotesi di giurisdizione di merito, affermando che il bilanciamento di interessi che il g.a. è chiamato ad effettuare ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a. non comporta una sostituzione del giudice nelle valutazioni di opportunità spettanti alla p.a., aggiunge che il giudice non esercita poteri di merito, ma si limita ad esercitare il suo potere prettamente giurisdizionale.

Difatti, il giudice nella sua attività ponderativa non è completamente libero di agire, in quanto le disposizioni *de quibus*, anche se in maniera vaga ed imprecisa, contengono dei parametri fissati dalla legge che il giudice è tenuto a seguire. A nulla varrebbe obiettare che si tratta di concetti indeterminati, dal momento che rientra nella funzione giurisdizionale interpretare la legge e specificare quale sia il suo significato nella specifica controversia⁶⁷¹. In altri termini, si tratta di valutazioni che non vanno oltre l'applicazione della legge⁶⁷².

10.1. (Segue) L'ipotesi della giurisdizione esclusiva speciale e la necessità di un superamento dei tria genera jurisdictionis.

Ebbene, posto che i poteri esercitabili dal g.a. ex art. 121 e 122 c.p.a. non configurano un'ipotesi di giurisdizione di merito in che modo possono ritenersi conciliabili gli incisivi poteri attribuiti al giudice nel rito in materia di appalti pubblici con quelli ad esso normalmente spettanti nell'ambito della giurisdizione esclusiva?

Per rispondere a questa domanda bisogna far riferimento al processo evolutivo che ha interessato la giustizia amministrativa e di cui importanti spunti sono contenuti nel Codice del processo amministrativo. In virtù del principio di effettività della tutela, codificato all'art. 1 c.p.a., si è assistito ad un ampliamento delle tecniche di tutela dell'interesse legittimo, secondo cui il ricorrente deve poter esperire tutte quelle azioni idonee a garantire la piena soddisfazione

⁶⁷⁰ Cfr. F.G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo (Relazione tenuta a Lecce il 9 luglio 2010)*, in www.giustamm.it

⁶⁷¹ Specifica F.G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo (Relazione tenuta a Lecce il 9 luglio 2010)*, *op. cit.*, che non è corretto sul piano teorico affermare che se il giudice sostituisce la propria valutazione ad una effettuata in precedenza dalla p.a., automaticamente il giudice si sostituisce all'amministrazione. Difatti, compito del g.a. è accertare se le valutazioni effettuate dalla p.a. siano o meno conformi alla legge e qualora non lo siano "è compito precipuo del Giudice stabilire" quali siano quelle conformi. "Ciò facendo, il Giudice rimane nell'ambito proprio della funzione giurisdizionale: non c'è nulla che possa essere inteso come indebita sostituzione dell'Amministrazione".

⁶⁷² Aggiunge F.G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo (Relazione tenuta a Lecce il 9 luglio 2010)*, *op. cit.*, che una sostituzione del g.a. alla p.a. "non sarebbe in ogni caso possibile, dato che le valutazioni (anche) di interesse pubblico non spettano affatto, in prima battuta all'Amministrazione, ma spettano direttamente al Giudice". Infine, invita a rivedere lo stesso concetto di giurisdizione di merito, nozione che a parere dell'Autore "va abbandonata in quanto intimamente contraddittoria". Ed anzi, "se ci fossero casi in cui il Giudice si sostituisce all'Amministrazione nella cura dell'interesse pubblico, essi dovrebbero essere portati dinanzi alla Corte costituzionale". Difatti, il giudice deve risolvere le controversie e non curare interessi pubblici.

dell'interesse al bene della vita che aspira ad ottenere o mantenere⁶⁷³ e, correlativamente, il g.a. deve poter adottare qualsiasi tipologia di pronuncia idonea a soddisfare la pretesa fatta valere in giudizio.

Le azioni proponibili non sono solo quelle tassativamente previste, ma, anche se non codificato, vige il principio dell'atipicità⁶⁷⁴; il processo amministrativo non è più basato sulla sola azione di annullamento⁶⁷⁵ e, dunque, il titolare dell'interesse legittimo pretensivo può chiedere ed ottenere già in fase di cognizione che il g.a. condanni la p.a. ad un *facere* specifico, senza attendere il successivo giudizio di ottemperanza⁶⁷⁶. Ebbene, in perfetta linea con tale evoluzione si è assistito ad un ridimensionamento della giurisdizione di merito e ad un rinvigorimento dei poteri del g.a. funzionale a garantire una tutela piena ed effettiva al ricorrente nel giudizio generale di legittimità, nonché in sede esclusiva.

Tanto premesso, nel rito in materia di appalti pubblici per giungere ad assicurare all'impresa ricorrente una tutela piena ed effettiva non è stato necessario ricorrere "al modello spurio e un po' fumoso della giurisdizione di merito"⁶⁷⁷, ma, coerentemente con le linee evolutive poc'anzi esposte, è stato sufficiente disciplinare i poteri del giudice in modo da consentirgli un sindacato

⁶⁷³ Per un'attenta disamina dei rapporti sussistenti tra l'interesse legittimo oppositivo e pretensivo, da un lato, e il potere della p.a., dall'altro, cfr. E. FOLLIERI, *Atto autoritativo e giurisdizione. Potere di trasformazione e potere di conservazione*, in *Annuario Aipda 2011*, Napoli, 2012, 40 ss.

⁶⁷⁴ Cfr. più ampiamente sul punto E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2014, 177 ss.; M.A. SANDULLI, *La semplificazione nel processo amministrativo*, in *Foro amm.- Tar*, 2012, 61 ss.; M. CLARICH – M. ROSSI SANCHINI, *Verso il tramonto della tipicità delle azioni nel processo amministrativo*, in www.neldiritto.it; M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it

⁶⁷⁵ Cfr. M. CLARICH, *Commento all'art. 29 del Codice del processo amministrativo "Azione di annullamento"*, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale ritiene che l'azione di annullamento si confermi, anche dopo il c.p.a., la "regina delle azioni". *Contra* E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, in *Giustizia amministrativa, op. cit.*, 183 ss., il quale sostiene, invece, che la previsione sull'art. 29 c.p.a. letta in combinato disposto con l'art. 7 c.p.a. ampli il sindacato del g.a. ed è, pertanto, molto innovativa rispetto al passato. Per i riferimenti dottrinali sull'azione di annullamento dopo il c.p.a., nonché sulle altre azioni esperibili cfr., *ex multis*, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di giustizia amministrativa, op. cit.*, 206 ss.; P.M. VIPIANA, *Le azioni nel processo amministrativo*, in *Manuale di giustizia amministrativa*, a cura di C. MIGNONE – P.M. VIPIANA, Padova, 2013, 101 ss.; V. DOMENICHELLI, *Le azioni nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.ius-publicum.com; S. FOÀ, *L'azione di annullamento nel Codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; F. LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 503 ss.; F. MERUSI, *In viaggio con Laband*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 658; S. RAIMONDI, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie*, in www.giustamm.it; B. SASSANI, *Arbor actionum. L'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1356 ss.; S.S. SCOCA, *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento*, in www.giustamm.it; L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. Atti del LVI Convegno di studi amministrativi di Varenna del 23-25 settembre 2010*, Milano, 2011, 87 ss.; G. VELTRI, *Le azioni di accertamento, adempimento, nullità ed annullamento nel codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; R. CAPONIGRO, *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi*, in www.giustizia-amministrativa.it

⁶⁷⁶ Si fa riferimento all'azione di adempimento. Per cui cfr. par. 14.

⁶⁷⁷ P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, *op. cit.*, 708

particolarmente incisivo, “a tutto campo”⁶⁷⁸, non limitato alla verifica della legittimità dell’azione amministrativa, ma esteso all’intero rapporto dedotto in giudizio⁶⁷⁹.

Difatti, si tratta di poteri molto ampi che si pongono “su un piano di specialità e diversità rispetto alle altre materie, pure di giurisdizione esclusiva”⁶⁸⁰ e che, dunque, comportano una conoscenza a trecentosessanta gradi degli interessi che si agitano nel concreto della fattispecie spingendosi sino ad attribuire al ricorrente il bene della vita anelato attraverso l’annullamento dell’atto lesivo, la dichiarazione di inefficacia del contratto ed il subentro in sostituzione dell’originario aggiudicatario.

Dunque, l’ampliamento dei poteri consente al giudice di effettuare un sindacato pieno⁶⁸¹ anche in sede esclusiva a detrimento della distinzione “tra le giurisdizioni di merito ed esclusiva del giudice amministrativo”⁶⁸².

E difatti tale evoluzione e, più in generale, il passaggio del sindacato del g.a. dall’atto al rapporto⁶⁸³ sembrano confermare l’impressione condivisa da autorevoli studiosi secondo cui si sta volgendo verso un superamento dei *tria genera jurisdictionis*⁶⁸⁴.

⁶⁷⁸ E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, op. cit., 1076 ss.

⁶⁷⁹ Specifica E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, op. cit., 1075 ss., che la mancata indicazione della giurisdizione di merito “non comprime i poteri cognitori che vengono attribuiti con totale pienezza. Inoltre, il giudice è attributario di poteri decisorii che giungono sino alla sostituzione dell’appaltatore nel contratto, surrogandosi alla decisione selettiva operata dalla pubblica amministrazione”.

⁶⁸⁰ E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, op. cit., 1091 ss., il quale osserva che i poteri attribuiti al giudice amministrativo sono più ampi ed incisivi rispetto a quelli normalmente spettanti al giudice nel rito ordinario e in sede di giurisdizione esclusiva.

⁶⁸¹ Tant’è vero che la dottrina parla di “giurisdizione piena”, la cui cognizione è connotata da ampi poteri di accertamento e verifiche che considerano tutti gli interessi che si agitano nel concreto della fattispecie e che si estendono anche al contratto eventualmente stipulato. Cfr. sul punto A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. COCCA, III ed., Torino, 2009, 121 ss.

⁶⁸² E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, op. cit., 1076.

⁶⁸³ Per quanto attiene al superamento dello schema del giudizio amministrativo come processo sull’atto in sostituzione di un giudizio sul “rapporto amministrativo concreto” la letteratura è sterminata. In questa sede cfr. M.S. GIANNINI – A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 234 ss.; E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, trad. it., Milano, 2010, 65 ss. E, più di recente, G. GRECO, *Giudizio sull’atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzarolli*, op. cit., 27 ss.

⁶⁸⁴ P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, op. cit., 708 ss., se da un lato condivide l’impostazione seguita da E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, op. cit., 1074 ss., dall’altro afferma “queste ricostruzioni, per quanto ben fondate su un’interpretazione sistematica ed evolutiva delle novità introdotte dal codice processuale, non sembrano cogliere appieno la portata molto speciale delle attribuzioni e dei poteri riconosciuti al giudice in questa materia”. Molto probabilmente bisogna superare la classica distinzione delle forme della giurisdizione che si mostra insufficiente a contenere le spinte centrifughe determinate dal rito appalti su impulso del diritto comunitario. Per l’Autore non è errato ricondurre i poteri esercitabili dal giudice nell’alveo del giudizio secondo equità, trattandosi di un’equità integrativa/correttiva. Difatti, appare difficile che dei poteri tanto ampi possano essere ricondotti “entro la forma (per quanto dilatata) della giurisdizione generale di legittimità ed esclusiva (ossia estesa anche alla cognizione di diritti soggettivi)”. Una tale soluzione sarebbe sicuramente più rispettosa del c.p.a. “che ancora conosce dei *tria genera jurisdictionis* (legittimità, esclusiva, di merito), ma, forse, può non essere sufficiente o del tutto appagante”. In

Dunque, la differenza tra le forme di giurisdizioni inizia a vacillare e si assiste ad una differenziazione dei modelli processuali anche nell'ambito della stessa giurisdizione esclusiva. Pertanto, dire che in una determinata fattispecie vi è la giurisdizione esclusiva del g.a. "non consente di fare riferimento ad un quadro di poteri del giudice esattamente definito in via generale"⁶⁸⁵ ma l'analisi va condotta caso per caso facendo riferimento alla specifica norma attributiva della giurisdizione.

In definitiva, la vicenda del rito in materia di appalti pubblici deve far riflettere se è ancora corretto ragionare sulla base delle categorie giuridiche tradizionali o se esse si mostrino insufficienti a contenere le spinte "centrifughe"⁶⁸⁶ determinate dalle innovazioni apportate al giudizio *de quo* per impulso del diritto comunitario.

Lo sforzo della dottrina di conciliare le peculiarità del processo *de quo* con i canoni del giudizio amministrativo di natura soggettiva fa perlomeno sorgere il dubbio se il rito in materia di appalti pubblici rientri nella categoria dei "modelli processuali differenziati"⁶⁸⁷.

Si tratta di un discorso che sarà maggiormente approfondito nel prosieguo.

definitiva secondo l'Autore si tratta "di giurisdizione esclusiva speciale rafforzata da attribuzioni di equità giudiziale correttiva e integrativa".

⁶⁸⁵ E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, op. cit., 1076-1077, secondo cui "affermare che il giudice amministrativo è giudice esclusivo, non consente di fare riferimento ad un quadro di poteri del giudice esattamente definito in via generale, ma occorre verificare la specifica normativa attributiva della giurisdizione esclusiva, per conoscere di quali poteri disponga il giudice nella concreta fattispecie e ciò fino a quando il giudice amministrativo non eserciti la giurisdizione piena in ogni controversia, a prescindere dal tipo di giurisdizione che diventerà irrilevante". Dunque, l'ampliamento dei poteri del g.a. anche in sede di giurisdizione generale di legittimità ha portato a scemare la distinzione tra le tre forme di giurisdizione per individuare i poteri di cui gode il g.a., che non risultano definiti in via generale e definitiva in base alla forma di giurisdizione di riferimento, ma è il legislatore che individua i poteri spettanti al giudice a seconda del settore considerato. Ad esempio, anche nell'ambito della stessa giurisdizione esclusiva i poteri attribuiti al g.a. risultano diversificati in base alla materia considerata. Cfr. sul punto A. FABRI, *Giurisdizione esclusiva: i modelli processuali*, Torino, 2002. E più di recente, per nuovi spunti di riflessione ed altri nodi problematici a cui dà luogo lo studio della giurisdizione esclusiva dopo l'introduzione del Codice del processo amministrativo, cfr. ID., *La giurisdizione esclusiva dopo il codice del processo amministrativo*, in *Dir e proc. amm.*, 2016, 1211 ss. Sul tema generale della giurisdizione esclusiva, che non sembra avere una *ratio* unitaria dal momento che le ragioni che hanno determinato l'istituzione di tale forma di giurisdizione in una determinata materia differiscono in base all'ipotesi presa in considerazione, cfr. P.M. VIPIANA, *Giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991, 377 ss.

⁶⁸⁶ Tale espressione è mutuata da M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, op. cit., 8, il quale utilizza la predetta locuzione per spiegare che le tesi principali che si sono avvicinate sull'inquadramento concettuale dei poteri del giudice sulla sorte del contratto possono essere suddivise in due macrofiloni: il primo è costituito da "modi di pensare 'centrifughi' che tendono a sottolineare l'assoluta specialità del potere del giudice", il secondo, invece, da "linee di ragionamento 'centripete', che evidenziano l'opportunità di inquadrare anche tali poteri nelle coordinate generali del processo".

⁶⁸⁷ Cfr. A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, op. cit., 441, il quale, dopo aver presentato le peculiarità che connotano il rito appalti afferma "potrebbe revocarsi in dubbio l'opportunità di ricorrere ancora alle tradizionali forme giurisdizionali, invece di riconoscere la presenza di modelli processuali differenziati o, perlomeno, di particolari strumenti di tutela (come, ad es., le azioni di adempimento tipiche)".

11. Il potere del g.a. di dichiarare d'ufficio l'inefficacia del contratto ex art. 121 c.p.a.: indirizzi interpretativi.

I dubbi interpretativi sorti sulla latitudine dei nuovi poteri attribuiti al g.a. ex artt. 121 e 122 c.p.a. non si limitano alle problematiche esposte nei paragrafi precedenti, ma si estendono ad un punto nevralgico della disciplina che consente di riflettere sul modello processuale in cui catalogare il rito speciale in materia di appalti pubblici.

Le norme in questione pongono all'interprete il dubbio se il giudice possa d'ufficio dichiarare l'inefficacia del contratto e, in tal caso, quanto tali poteri officiosi siano compatibili con il nostro processo amministrativo di natura soggettiva, che si pone come processo di parti, basato sul rispetto del principio dispositivo⁶⁸⁸, ovvero si debba concludere per la natura oggettiva del rito *de quo*.

Il dato testuale e la differente *ratio* che anima le due diverse tipologie di violazioni disciplinate rispettivamente agli artt. 121 e 122 c.p.a. hanno condotto la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria ad effettuare un *distinguo*: nell'ipotesi disciplinata dall'art. 121 c.p.a. il g.a., a seguito dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, dichiara d'ufficio l'inefficacia del contratto o applica le sanzioni alternative, a prescindere da una specifica domanda di parte; mentre per le violazioni "ordinarie" ex art. 122 c.p.a. la declaratoria di inefficacia del contratto è subordinata ad un'apposita richiesta di parte.

⁶⁸⁸ È noto il passaggio più volte menzionato della giustizia amministrativa da modello processuale avente ad oggetto la verifica della legittimità dell'azione amministrativa, vale a dire da una tipologia di processo in cui "campeggia l'atto amministrativo", a processo di natura soggettiva ove il giudice deve sindacare la pretesa dedotta in giudizio. Tale processo è retto dal principio dispositivo secondo cui il g.a. deve pronunciarsi nei limiti della domanda proposta dalla parte. Cfr. sul punto M. NIGRO, *Giustizia amministrativa, op. cit.*, 237 ss.; L. MAZZAROLLI, *Il processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 463 ss.; A. CARIOLA, *Il giudice amministrativo e la prova: una provocazione a tesi su processo e politica*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 20 ss., il quale riferendosi in particolare alla fase istruttoria del giudizio, afferma che il principio dispositivo è posto a fondamento del processo "a tutela di situazioni giuridiche soggettive, in quanto risulta espressione della decisione di intraprendere l'azione, ed, a sua volta, dell'autonomia di parte". Attualmente che il processo amministrativo sia un processo di parti retto dal principio dispositivo sembra un dato acquisito sia in dottrina che in giurisprudenza, tuttavia, anche di recente si sono registrati dei casi in cui si è prevista un'attenuazione del principio dispositivo a favore di un potere "dirigistico" in capo al g.a.

Ebbene, secondo la dottrina⁶⁸⁹ e la giurisprudenza⁶⁹⁰ maggioritaria l'art. 122 c.p.a. non comporta una deroga al principio dispositivo dal momento che il presupposto affinché il giudice possa decidere per la dichiarazione o meno dell'inefficacia del contratto è che il ricorrente abbia proposto la domanda di subentro. In altri termini, in assenza di una specifica domanda di parte il dato letterale pone un chiaro limite al potere del giudice di dichiarare d'ufficio l'inefficacia del contratto.

A ciò si aggiunge la *ratio* dell'inefficacia ex art. 122 c.p.a. che non descrive un'inefficacia sanzionatoria, bensì di un'inefficacia funzionale al conseguimento del bene della vita anelato dal ricorrente⁶⁹¹.

Al contrario, riguardo alla fattispecie descritta dall'art. 121 c.p.a. in dottrina non si registra unanimità di vedute.

In altri termini, mentre la dottrina maggioritaria⁶⁹², con varie argomentazioni, ritiene che l'art. 121 c.p.a. legittimi il giudice a dichiarare d'ufficio l'inefficacia del contratto, anche in assenza di una

⁶⁸⁹ Ritengono che l'art. 122 c.p.a. non comporti una deroga al principio dispositivo E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, op. cit., 1098 ss.; G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 729 ss.; M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010*, op. cit., 66 ss.; F. LIGUORI, *Appunti sulla tutela processuale e sui poteri del giudice nel decreto legislativo n. 53 del 2010*, op. cit.; F.G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo (Relazione tenuta a Lecce il 9 luglio 2010)*, op. cit.; F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, op. cit., 28 ss.; F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, op. cit. Contra P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, op. cit., 716, spec. nota 73, il quale ritiene che il giudice abbia il potere di dichiarare d'ufficio l'inefficacia del contratto anche nell'ipotesi descritta dall'art. 122 c.p.a., ove la domanda del ricorrente di subentrare nel contratto non si pone come "*condicio sine qua non* per la pronuncia di inefficacia", ma soltanto come "uno dei parametri di giudizio cui il giudice deve ancorare la sua decisione". Dunque, secondo l'Autore l'interesse del ricorrente al subentro è, nell'economia dell'art. 122 c.p.a., equiordinato rispetto a tutti gli altri parametri oggetto di valutazione.

⁶⁹⁰ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 10 luglio 2012, n. 4067.

⁶⁹¹ Chiarisce M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010*, op. cit., 68 ss., che la *ratio* dell'inefficacia ex artt. 121 e 122 c.p.a. è diversa. Difatti, mentre nel primo caso potrebbe avvalorarsi la tesi che si tratta di un'inefficacia sanzionatoria, ossia una sanzione che si applica perché sono state violate regole cardine poste a presidio della libertà di concorrenza, a cui si aggiunge il dato che solo in tali ipotesi se non si fa luogo alla dichiarazione di inefficacia del contratto si applicano le sanzioni alternative, dunque quasi a sottolineare che la privazione di effetti del contratto sia la sanzione "principale"; nella seconda ipotesi non si tratta di una sanzione tant'è vero che se non viene dichiarata l'inefficacia del contratto non si applicano le sanzioni alternative. Si discorre, inoltre, di violazioni non gravi che non comportano una necessaria dichiarazione di inefficacia del contratto, ma tornano ad operare tutte le nostre regole del processo amministrativo, *in primis*, il principio della domanda. Difatti, in assenza di domanda di parte il g.a. non potrebbe dichiarare l'inefficacia del contratto.

⁶⁹² Ritengono che l'art. 121 c.p.a. consenta al g.a. di dichiarare d'ufficio l'inefficacia del contratto A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, op. cit., 654; M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010*, op. cit., 65 ss.; C. LAMBERTI, *La caducazione del contratto tra cognizione ed esecuzione*, Relazione tenuta al Convegno "Riforme della giustizia e giudice amministrativo, Siena, Certosa di Pontignano, 11-12 giugno 2010; V. LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, op. cit., 1326 ss.; F.G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo (Relazione tenuta a Lecce il 9 luglio 2010)*, op. cit.; F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, op. cit.; P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, op. cit., 716 ss.; M. FRACANZANI, *Annulamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto nel nuovo processo amministrativo*:

specifica domanda di parte; altra parte della dottrina sostiene che la natura soggettiva del processo amministrativo, retto dal principio dispositivo, escluda la configurabilità di una pronuncia d'ufficio nella fattispecie considerata.

A parere della dottrina maggioritaria milita a favore del potere officioso del g.a. l'utilizzo nell'art. 121 c.p.a. del verbo dichiarare al presente indicativo, secondo cui il giudice che annulla l'aggiudicazione *dichiara* l'inefficacia del contratto. Ebbene, il potere decisorio del g.a. sembra connotarsi in senso di "doverosità ed officiosità"⁶⁹³, in perfetta linea con la visione "pan-processuale" e "giudice-centrica"⁶⁹⁴ del legislatore del 2010.

Pertanto, il dato letterale⁶⁹⁵ sembra suffragare la tesi di chi⁶⁹⁶ ritiene sufficiente esperire la domanda volta all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, senza che sia necessario chiedere anche la dichiarazione d'inefficacia del contratto, potendo quest'ultima essere dichiarata d'ufficio dal g.a.

Parte della dottrina aderente a tale orientamento specifica che la ragione del differente regime normativo ed interpretativo tra le fattispecie descritte *ex artt.* 121 e 122 c.p.a. risiede, soprattutto, nella diversa *ratio* dell'inefficacia: sanzionatoria nel primo caso, funzionale alla soddisfazione dell'interesse del ricorrente, nel secondo.

dall'onere di impugnazione alla pronuncia di inefficacia, in www.giustizia-amministrativa.it; G. FONDERICO, *I poteri del giudice nel processo amministrativo sui contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 871 ss.; R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, *op. cit.*, la quale ritiene che nei casi di "gravi violazioni" "il principio della domanda di parte subisce un temperamento"; G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, *op. cit.*, 729 ss., a parere del quale i dubbi di legittimità costituzionale a cui può dare adito la normativa sono superati dal dato che si tratta di scelte imposte dal diritto eurounitario.

⁶⁹³ S. VACCARI, *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale satisfattoria*, *op. cit.*, 289.

⁶⁹⁴ Cfr. M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010*, *op. cit.*, 67 ss.

⁶⁹⁵ A cui si aggiunge l'assenza di alcun riferimento espresso all'interno della disposizione alla necessità di una specifica domanda di parte.

⁶⁹⁶ È di questo avviso F.G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo (Relazione tenuta a Lecce il 9 luglio 2010)*, *op. cit.*, il quale, dopo aver spiegato che sussiste una deroga del principio dispositivo, dal momento che si consente al giudice di dichiarare d'ufficio l'inefficacia del contratto, afferma "questo può non piacere, e a me sinceramente dispiace, perché ho sempre letto l'art. 24 Cost., che è a fondamento del modello del processo giurisdizionale, come un articolo che affida al Giudice la tutela di situazioni giuridiche soggettive, cioè di diritti soggettivi ed interessi legittimi. Il che implica necessariamente che siano i titolari di tali situazioni giuridiche soggettive a stabilire ciò che il Giudice è chiamato a fare per assicurare loro tutela". Tuttavia, l'Autore specifica che una pronuncia che dichiari d'ufficio l'inefficacia del contratto è possibile solo se sia stata proposta la domanda di subentro, in caso contrario, il g.a. "non può procedere d'ufficio, perché, non sussiste alcuna esigenza di carattere generale (non di carattere pubblico, ma di carattere generale), che possa giustificare il superamento del principio della domanda". Conclude l'Autore affermando che vi sono casi come questi, invero "fortunatamente molto rari", in cui il processo amministrativo si attegga in senso oggettivo, proprio adesso che addirittura in Francia, Paese da sempre ancorato all'idea del processo amministrativo di diritto oggettivo, si sta "transitando verso l'idea del processo amministrativo come processo di diritto soggettivo". In definitiva, l'Autore rientra nella categoria di coloro che, pur riconoscendo la sussistenza di una deroga al principio della domanda e delle aperture oggettivistiche a cui si presta l'art. 121 c.p.a., cercano comunque la strada dell'interpretazione quanto più possibile compatibile con il principio dispositivo. Cfr. sul punto G. TROPEA, *L'"ibrido fiore della conciliazione": i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, *op. cit.*, 1028 ss.

La diversità di *ratio* affonda le sue radici nel diritto eurounitario secondo cui una violazione grave delle regole della concorrenza determina un affidamento illegittimo da contrastare attraverso la “privazione di effetti del contratto”, quale “modo più sicuro per ripristinare la concorrenza”⁶⁹⁷. Qualora non si possa privare di effetti il contratto si disporranno le sanzioni alternative. Dunque, l’ottica del legislatore comunitario è punitiva ove la dichiarazione di inefficacia del contratto non è una misura soddisfattoria dell’interesse del ricorrente, bensì la “sanzione principale”⁶⁹⁸ che colpisce il contratto perché c’è stata una grave violazione della tutela della concorrenza e non perché è stato leso l’interesse del ricorrente ad ottenere l’aggiudicazione.

Dunque, l’inefficacia del contratto è funzionale a ristabilire la correttezza della competizione tutelando la concorrenza quale interesse pubblico primario protetto dalla normativa. In questa prospettiva il ricorso è solo un’occasione per instaurare il giudizio e consentire al giudice di dichiarare l’inefficacia del contratto che è dichiarata d’ufficio dal momento che la privazione di effetti del contratto non è preordinata alla soddisfazione dell’interesse al bene della vita anelato dal ricorrente.

In tal modo torna in *auge* quell’indirizzo interpretativo che ricostruisce il rapporto tra effettività della tutela e interesse pubblico alla tutela della concorrenza in termini di strumentalità, ove l’effettività è strumentale alla realizzazione della tutela della concorrenza⁶⁹⁹. In altri termini, è come se il legislatore sfruttasse l’impulso che spinge il partecipante alla gara a proporre ricorso per ristabilire la concorrenza in condizioni di parità⁷⁰⁰.

In tal caso il g.a. assume una posizione di “guardiano delle regole, quasi un soggetto delegato dall’Unione ad applicare quelle che la direttiva chiama sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive”⁷⁰¹.

⁶⁹⁷ Gli affidamenti diretti illegittimi costituiscono la violazione più grave per il diritto comunitario, pertanto la privazione di effetti del contratto è, ai sensi del considerando n. 14 della direttiva ricorsi, “il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici” partecipanti alla gara. Per maggiori dettagli cfr. *supra* Capitolo I.

⁶⁹⁸ Che la dichiarazione di inefficacia del contratto sia la “sanzione principale” si deduce *a contrario* dal fatto che l’art. 123 c.p.a. disciplina le sanzioni alternative che sono, appunto, alternative alla dichiarazione di inefficacia del contratto che rappresenta, pertanto, la sanzione “principale”. Cfr. sul punto M. FRACANZANI, *Annullamento dell’aggiudicazione e sorte del contratto nel nuovo processo amministrativo: dall’onere di impugnazione alla pronuncia di inefficacia*, *op. cit.* Tuttavia, questo dato potrebbe essere facilmente confutato dal rilievo che l’art. 123, co. 3, c.p.a. disciplina una sanzione che viene impropriamente definita alternativa, in quanto si tratta di vizi che non condurrebbero mai alla dichiarazione di inefficacia del contratto, non incidendo sulla legittimità del provvedimento di aggiudicazione. Cfr. in argomento E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, *op. cit.*, 1131.

⁶⁹⁹ Si tratta del concetto di effettività per la concorrenza. Cfr. sul punto G. TROPEA, *L’“ibrido fiore della conciliazione”: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, *op. cit.*, 1023.

⁷⁰⁰ Cfr. F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, *op. cit.*

⁷⁰¹ F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, *op. cit.*

In definitiva, trattandosi di un'inefficacia sanzionatoria che mira più al ripristino della legalità violata che alla garanzia di una tutela piena ed effettiva per il ricorrente, l'art. 121 c.p.a. consente al giudice di dichiarare d'ufficio l'inefficacia del contratto non essendo necessaria e neanche possibile una specifica domanda tesa a chiedere non solo l'annullamento dell'atto ma anche la conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto. È evidente l'attenuazione del principio dispositivo e l'abbandono "della concezione strettamente soggettiva della giurisdizione amministrativa"⁷⁰².

11.1. (Segue) Orientamenti compatibili con il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa. La salvaguardia del principio dispositivo.

Sul fronte opposto si collocano coloro che ritengono salvo il principio dispositivo anche nel caso delle cc.dd. "gravi violazioni".

Tale orientamento può essere suddiviso, a sua volta, in due sub-orientamenti: il primo, che accoglie una posizione mediana⁷⁰³, ritiene sufficiente, affinché il giudice dichiari l'inefficacia del contratto, la proposizione dell'azione di annullamento dell'atto illegittimo, senza necessità che il ricorrente richieda anche la dichiarazione di inefficacia del contratto, essendo quest'ultima ricompresa implicitamente nel *petitum* di annullamento; l'altro, più estremo⁷⁰⁴, richiede, invece, la specifica richiesta ad opera del ricorrente della dichiarazione di inefficacia del contratto.

Più nello specifico, a parere dell'orientamento più radicale⁷⁰⁵ l'indirizzo interpretativo che configura l'inefficacia come sanzionatoria⁷⁰⁶ e, di conseguenza, consente al giudice di dichiararla d'ufficio a prescindere da una domanda di parte si pone in contrasto con il processo evolutivo che ha condotto il giudizio amministrativo nell'alveo della giurisdizione soggettiva ove il giudice deve

⁷⁰² G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, op. cit., 4, secondo cui la ragione del potere officioso di dichiarazione inefficacia del contratto va ricercato proprio nella *ratio* dell'inefficacia così come consegnataci dal diritto europolitano. Di tal guisa la dichiarazione di inefficacia del contratto è diretta a "soddisfare l'interesse oggettivo dell'ordinamento e, così, in funzione di tutela e ripristino della concorrenza", che, in quanto interesse primario tutelato dalla normativa di settore "autorizzerebbe l'abbandono della concezione strettamente soggettiva della giurisdizione amministrativa". Cfr. più ampiamente sul punto G. DE GIORGI CEZZI, *Interessi sostanziali, parti e giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 430 ss.

⁷⁰³ Tale sub-orientamento fa capo a E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, op. cit., 1098 ss. La qualificazione della tesi in esame come "mediana" che propende per un concetto di "giurisdizione soggettiva temperata", rispetto all'indirizzo interpretativo più radicale sposato da F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, op. cit., 25 ss., si deve a G. DE GIORGI CEZZI, *Interessi sostanziali, parti e giudice amministrativo*, op. cit., 428 ss.

⁷⁰⁴ Cfr. F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, op. loc. ult. cit.

⁷⁰⁵ F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, op. cit., 29 ss.

⁷⁰⁶ Cfr. per tutti M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010*, op. cit., 65 ss.; G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, op. cit., 734.

pronunciarsi nei limiti della domanda proposta dal ricorrente, essendo mutato l'oggetto del processo ⁷⁰⁷ a seguito della sostanzializzazione dell'interesse legittimo ad opera della Costituzione⁷⁰⁸.

Ebbene, si è passati da un modello processuale oggettivo in cui il giudice curava l'interesse pubblico a prescindere dagli interessi delle parti⁷⁰⁹, soddisfatti occasionalmente, ad un giudizio di parti ove quest'ultime e non il giudice hanno il potere di veicolare la domanda ed il processo⁷¹⁰.

⁷⁰⁷ Per maggiori dettagli sulla trasformazione del processo amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto, in aggiunta alla dottrina già citata nel corso della trattazione, cfr. V. CAIANIELLO, *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Foro amm.*, 1980, 858 ss.; Più di recente per un'analisi dell'evoluzione della giustizia amministrativa dalla Costituzione al c.p.a. cfr. V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 436 ss. Per una completa disamina dell'oggetto del processo amministrativo e dei nodi problematici a cui dà luogo la sua individuazione cfr. M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 1 ss.; S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, 84 ss.

⁷⁰⁸ L'interesse legittimo da situazione meramente processuale diventa situazione giuridica soggettiva sostanziale ad opera degli artt. 24, 103 e 113 Cost. Cfr. sul punto il risalente saggio di R. ALESSI, *Interesse sostanziale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa*, in *Arch. Giur.*, CXXX, 1943, 132 ss. Ebbene, come rileva E. FOLLIERI, *La giustizia amministrativa nella costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 911 ss., nella Costituzione vi è "una precisa presa di posizione a favore del carattere soggettivo della giurisdizione del giudice amministrativo, negli articoli 24, 103 e 113, co. 1". Tuttavia, anche dopo l'entrata in vigore della Carta costituzionale, non mancano fautori del carattere oggettivo della giurisdizione amministrativa. Si precisa che il dibattito sul carattere oggettivo o soggettivo della giurisdizione amministrativa affonda le sue radici sin dall'istituzione della sez. IV del Consiglio di Stato nel 1889. Per una completa disamina del dibattito medesimo cfr. V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994, 127 ss. Prima dell'istituzione della sezione IV del Consiglio di Stato esistevano solo i diritti soggettivi, mentre gli interessi legittimi erano considerati "meri affari" e non esisteva il giudice amministrativo, che appunto nasce nel 1889. È noto, infatti, il discorso pronunciato dal deputato Pasquale Stanislao Mancini (distintosi per essere tra i fautori della nota legge del 1865) alla camera dei deputati il 9 giugno 1864 e riportato da A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, 351-352. Nel celebre discorso il Mancini sostiene che solo i diritti soggettivi siano tutelabili in sede giurisdizionale, al contrario, qualora il cittadino sia titolare di un mero *interesse* "Ebbene, ch'ei si rassegni". Fatta questa digressione, si consideri che le disposizioni costituzionali, nonostante la loro portata innovativa, sono rimaste lettera morta per molto tempo. Difatti, una lettura innovativa delle norme in questione si deve alla storica sentenza della Corte di Cassazione, a sezioni unite, n. 500 del 1999 che ha valorizzato la figura dell'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva collegata ad un interesse materiale al bene della vita per soddisfare il quale l'ordinamento giuridico deve prevedere forme di tutela non più limitate al mero annullamento dell'atto illegittimo, ma miranti, ove possibile, "alla soddisfazione completa della pretesa sostanziale". Quest'ultime sono le parole di Cons. Stato, ad. pl., 23 marzo 2011, n. 3, che ha, dopo il c.p.a., ulteriormente valorizzato l'interesse al bene della vita che sottende la situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo. Tra i vari commenti a tale pronuncia cfr. F.G. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2011, 988ss.; M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad plen. 23 marzo 2011, n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595, 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in www.federalismi.it; G. PELLEGRINO, *A.P. n. 3 del 2011. Il giudice amministrativo nella modernità*, in www.giustizia-amministrativa.it; A. GUANTARIO, *L'azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, a cura di E. FOLLIERI – A. BARONE, 593 ss. Sulla giustizia amministrativa nella Costituzione cfr., senza pretesa di esaustività, V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966; G. BERTI, *Commento art. 113*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1987; A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 419. L'*excursus* storico dalla L.A.C. del 1865 ai giorni nostri è di recente riportato da G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 889 ss.

⁷⁰⁹ E dunque da una domanda di parte.

⁷¹⁰ Chiarisce F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, *op. cit.*, 25, che se la giurisdizione di diritto soggettivo "è contrassegnata dal principio della domanda, secondo il quale il giudice deve pronunciarsi esclusivamente sul diritto di azione esercitato dall'attore *iuxta*

Una tale ricostruzione, dunque, sarebbe incostituzionale e a nulla varrebbero le obiezioni di chi ritiene che si tratta di una soluzione imposta dal diritto eurounitario⁷¹¹.

Difatti, si arrecherebbe comunque “un *vulnus* nel tessuto del nostro diritto processuale amministrativo”⁷¹² dal momento che il principio dispositivo non solo è previsto a livello costituzionale (artt. 24 e 113 Cost.), ma rappresenta “il binario su cui il processo amministrativo italiano si è sviluppato”⁷¹³ per emanciparsi dalla vecchia concezione di giudizio cassatorio-demolitorio verso una giurisdizione di diritto soggettivo⁷¹⁴.

Inoltre, anche la tesi che ritiene sussistente la deroga al principio dispositivo richiede che la dichiarazione di inefficacia del contratto consegua all’annullamento dell’atto di aggiudicazione, pertanto, ai fini della pronuncia di inefficacia d’ufficio è necessario che il ricorrente abbia proposto il ricorso di annullamento.

alligata et probata partium e quindi provvede su interessi da quest’ultimo dedotti nel processo”, nella giurisdizione di diritto oggettivo il g.a. è chiamato a curare un interesse pubblico - che normalmente è rappresentato dall’interesse generale alla legittimità dell’azione amministrativa - a prescindere dall’interesse fatto valere dalle parti in giudizio. Per tali ragioni il giudice adotta sentenze anche d’ufficio, a prescindere da una specifica domanda giudiziale. Il concetto di giurisdizione oggettiva è stato utilizzato in Italia per descrivere il giudizio amministrativo sui regolamenti. Sul punto cfr. L. MAZZAROLLI, *La giurisdizione sui regolamenti è di diritto oggettivo?*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 1 ss. Più di recente cfr. F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino, 2007, 233 ss. In generale per comprendere cosa s’intenda per giurisdizione di diritto oggettivo cfr. il risalente saggio di C. VITTA, *La giurisdizione amministrativa e il diritto obiettivo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1921, I, 352 ss. Tuttavia, osserva ID., *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, *op. cit.*, 27 ss., che il processo amministrativo sin dalla sua nascita si è emancipato da una giurisdizione oggettiva “piena”, anzi dalla Costituzione in poi l’evoluzione del giudizio è stata “tutta all’insegna del modello della giurisdizione soggettiva”. Il processo è basato sul principio della domanda “e della connessa disponibilità del diritto di azione in capo al ricorrente”, incompatibile con una giurisdizione oggettiva piena che consente al giudice di “spingere il suo sindacato anche al di là dei motivi dedotti dal ricorrente”. Per la dottrina risalente che considerava il processo amministrativo delle origini come espressione di giurisdizione oggettiva cfr. S. SPAVENTA, *Discorso preparato per l’inaugurazione della Quarta sezione del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, 290 ss.; V.E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, III, Milano, 1901, 935 ss.; A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, *op. cit.*, 351 ss.; F. D’ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, II, Torino, 1934, 385 ss.

⁷¹¹ Ritiene che una lettura dell’art. 2-*quinquies*, par. 1, della direttiva ricorsi legittimi una lettura dell’art. 121 c.p.a. secondo cui la dichiarazione di inefficacia del contratto prescinde da una specifica domanda di parte G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell’appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, *op. cit.*, 735. F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, *op. cit.*, 28 ss., se condivide quanto affermato da Greco, ritiene, tuttavia, di non poter accettare una siffatta lettura dell’art. 121 c.p.a. perché sarebbe incostituzionale. Difatti, accogliere l’apertura oggettivistica proveniente dall’art. 2-*quinquies*, par. 1, della direttiva ricorsi significherebbe porsi in contrasto con i principi costituzionali in tema di giurisdizione. Dunque tali aperture vanno contestualizzate ed adattate nell’ordinamento italiano. A ciò si aggiunga che la suddetta disposizione della direttiva ricorsi non dovrebbe contrastare con il principio dispositivo, dal momento che l’obiettivo principale della direttiva è proprio la realizzazione dell’effettività della tutela del ricorrente. Cfr., in senso analogo, cfr. G.D. COMPORTI, *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011, 1 ss.; R. CAVALLO PERIN – G.M. RACCA, *La concorrenza nell’esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss.

⁷¹² F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, *op. cit.*, 30.

⁷¹³ F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, *op. loc. ult. cit.*

⁷¹⁴ Così F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, *op. loc. ult. cit.*, il quale aggiunge “già solo per questo varrebbe la pena di resistere alla tentazione di ammettere nuove e “totali” forme di giurisdizione oggettiva nell’ordinamento”.

Ebbene, qui emerge la debolezza della suddetta tesi, poiché comunque si vuole conciliare la giurisdizione oggettiva con il principio dispositivo⁷¹⁵. A ciò si aggiunga che tale orientamento va ripudiato anche perché la *ratio* della direttiva ricorsi non è semplicemente la tutela della concorrenza, bensì la realizzazione dell'effettività della tutela del ricorrente⁷¹⁶.

In definitiva, il secondo sub-orientamento richiede ai fini della dichiarazione di inefficacia del contratto che il ricorrente chieda nel ricorso non solo l'annullamento dell'aggiudicazione, ma anche la dichiarazione di inefficacia del contratto⁷¹⁷.

Il primo sub-orientamento menzionato⁷¹⁸ propone, invece, una soluzione "processuale", vale a dire interna al processo⁷¹⁹. Pur partendo da una considerazione simile a quella del secondo sub-orientamento riguardo alla *ratio* della dichiarazione di inefficacia del contratto, nonché all'obiettivo della direttiva ricorsi⁷²⁰, si differenzia riguardo alle conseguenze processuali. Difatti, a parere del primo sub-indirizzo interpretativo la dichiarazione di inefficacia del contratto, così come la decisione sull'applicazione delle sanzioni alternative, costituiscono un effetto della sentenza costitutiva di annullamento, sono, dunque, pronunce consequenziali dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

Ebbene, la dichiarazione d'inefficacia del contratto non presuppone l'adozione di una sentenza dichiarativa, come pure è stato prospettato⁷²¹, ma, essendo conseguenza della decisione di annullamento è ricompresa nella sentenza costitutiva di annullamento che, dunque, può disporre,

⁷¹⁵ Osserva F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, op. cit., 31 ss., che la tesi oggetto di contestazione comunque afferma che la dichiarazione di inefficacia del contratto viene disposta solo se è avvenuto l'annullamento dell'atto illegittimo. "Ebbene questa precisazione (che sembra voler conciliare giurisdizione oggettiva e principio dispositivo e che, però, se ci si riflette, conduce ad un assetto che ricorda comunque la formula zanobiniana dell'interesse occasionalmente protetto, la quale, in fondo, è stata pur sempre un primo modo di saldare il processo amministrativo al principio dispositivo) dimostra a mio parere una certa qual debolezza della ricostruzione".

⁷¹⁶ Cfr. *sub* nota 706.

⁷¹⁷ In giurisprudenza tra le pronunce che ritengono sussistente un onere in capo al ricorrente di chiedere non solo l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, ma anche la dichiarazione di inefficacia del contratto cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2016, n. 4272; ID., sez. V, 10 luglio 2012, n. 4067.

⁷¹⁸ E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, op. cit., 1098 ss.

⁷¹⁹ Tale definizione si deve a G. DE GIORGI CEZZI, *Interessi sostanziali, parti e giudice amministrativo*, op. cit., 433.

⁷²⁰ Tuttavia si precisa che mentre F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, op. cit., 19 ss., sembra considerare unico obiettivo della direttiva ricorsi l'effettività della tutela, E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, op. cit., 1067 ss., sembra ritenere che l'obiettivo della direttiva 2007/66/CE consista nell'assicurare la tutela della concorrenza in senso soggettivo e non oggettivo, vale a dire calibrata sull'interesse sostanziale del ricorrente, per cui, nell'economia degli artt. 121 e 122 c.p.a. si ha una coincidenza di tutela tra i due interessi. Orbene, la pubblicizzazione dell'interesse privato del ricorrente ha fatto sì che la dichiarazione di inefficacia del contratto sia soddisfattiva di ambo gli interessi menzionati, cosicché tale dichiarazione rappresenta un ponte di collegamento verso la soddisfazione massima della tutela privata raggiungibile con la surrogazione del ricorrente con l'originario aggiudicatario nel contratto d'appalto. In definitiva l'effetto utile della direttiva coincide con la soddisfazione della tutela della concorrenza e dell'interesse al bene della vita anelato dal ricorrente, in quanto coincidenti.

⁷²¹ M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010*, op. cit., 95.

alle condizioni previste, non solo la caducazione dell'atto illegittimo, ma anche la dichiarazione di inefficacia del contratto⁷²².

In base alle regole generali il giudice *ex art. 34 c.p.a.* quando adotta una sentenza di merito accoglie il ricorso “nei limiti della domanda”. Al contrario, le sentenze di rito possono essere pronunciate anche d'ufficio. Essendo la sentenza costitutiva di annullamento e di conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto una sentenza di merito il giudice è tenuto a pronunciarsi su domanda di parte e nei limiti della stessa, nel rispetto del principio dispositivo⁷²³.

Ebbene, nel caso di gravi violazioni è sufficiente che il ricorrente nella domanda si limiti a chiedere l'annullamento dell'atto di aggiudicazione, non essendo necessario che la dichiarazione di inefficacia del contratto costituisca specifico *petitum* nel ricorso, essendo un effetto consequenziale della sentenza costitutiva di annullamento.

Non sussistono dubbi neppure in relazione all'art. 122 c.p.a. che richiede la domanda di parte per ottenere il subentro, ma non per la dichiarazione di inefficacia del contratto. In definitiva, la declaratoria di inefficacia del contratto si pone come una conseguenza (necessaria *ex art. 121, co. 1, c.p.a.*⁷²⁴ od eventuale *ex art. 122 c.p.a.*) dell'annullamento dell'aggiudicazione, pertanto, non si ha una deroga al principio dispositivo, in quanto non è necessaria un'apposita domanda tesa a chiedere la dichiarazione di inefficacia del contratto⁷²⁵, ma è ricompresa nella domanda di annullamento, “pur in mancanza di specifico *petitum* nel ricorso⁷²⁶.”

In definitiva, l'accoglimento della tesi che ritiene che ci sia una deroga al principio dispositivo per cui si discorre di giurisdizione oggettiva, ovvero degli orientamenti opposti che, al contrario,

⁷²² Chiarisce E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo, op. cit.*, 1091 ss., che non bisogna farsi ingannare dalla formulazione della disposizione ove afferma il giudice “dichiara” l'inefficacia del contratto, in quanto non si tratta di una pronuncia dichiarativa. Difatti la dichiarazione di inefficacia del contratto non è autonoma ma è conseguenza dell'annullamento dell'atto di aggiudicazione. Pertanto, la dichiarazione di inefficacia del contratto rientra nell'ambito della sentenza costitutiva di annullamento. Difatti, si tratta di una sentenza costitutiva di annullamento con conseguente, necessaria od eventuale, dichiarazione di inefficacia del contratto.

⁷²³ Che il processo amministrativo è retto dal principio dispositivo significa che il giudice non può andare oltre i motivi dedotti dal ricorrente e deve decidere nei limiti di quanto richiesto nel ricorso. Cfr. E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo, op. cit.*, 1098.

⁷²⁴ Anche se l'art. 121, co. 2, c.p.a. prevede delle eccezioni alla necessaria dichiarazione di inefficacia del contratto in presenza di gravi violazioni.

⁷²⁵ La dichiarazione di inefficacia del contratto non costituisce un'autonoma domanda, ma non viene neppure dichiarata d'ufficio dal giudice. Tale dichiarazione, essendo una conseguenza dell'annullamento si ritiene implicitamente contenuta nella domanda di annullamento dell'atto di aggiudicazione, senza alcuna specificazione nel *petitum* del ricorso.

⁷²⁶ Difatti, chiarisce E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo, op. cit.*, 1100, che “la domanda non deve specificare il *petitum* della dichiarazione di inefficacia del contratto, ma allegare i motivi per l'annullamento dell'aggiudicazione (non sono motivi “propri” per la dichiarazione di inefficacia del contratto) e chiedere l'annullamento dell'atto amministrativo, atteggiandosi come consequenziale la dichiarazione di inefficacia del contratto”. Si tratta di una pronuncia che il giudice “deve disporre, in presenza di gravi violazioni, o può disporre, negli altri casi”. Cfr., in senso analogo, G. FERRARI, *Commento all'art. 121*, in *Codice del processo amministrativo*, a cura di R. GAROFOLI – G. FERRARI, Roma, 2012, 1884.

ritengono che tale deroga non sussista, dipende dalla *ratio* che si attribuisce all'inefficacia del contratto. Se quest'ultima ha natura sanzionatoria, almeno nei casi di gravi violazioni il giudice la dichiarerà d'ufficio, se, invece, si ritiene che essa sia funzionalizzata al subentro del ricorrente nel contratto d'appalto, in virtù dell'effettività della tutela giurisdizionale, si predilige una ricostruzione in linea con il processo amministrativo di natura soggettiva, ancorato al principio dispositivo, così come delineato dal c.p.a.

Ebbene, al di là delle differenze riscontrate tra i due sub-orientamenti menzionati entrambi sono accomunati dalla volontà di ricondurre i poteri del giudice *ex art.* 121 e 122 c.p.a. nell'ambito della giurisdizione di diritto soggettivo, senza derogare ad uno dei principi cardine del processo amministrativo, vale a dire il principio dispositivo.

11.2. (Segue) Il punto di vista della giurisprudenza amministrativa. Il richiamo al “fantasma” della giurisdizione oggettiva.

Le varie soluzioni prospettate sulla riconduzione dei poteri cognitori e decisorii esercitabili dal g.a., ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a., nell'ambito di una giurisdizione di diritto soggettivo ovvero di diritto oggettivo puro o, ancora, di diritto soggettivo ma con aperture “oggettivistiche” mostrano quantomeno la difficoltà di inquadrare il rito speciale in materia di appalti pubblici all'interno del sistema di giustizia amministrativa delineato dal c.p.a.

In base a quanto detto sinora si è appreso che la giurisdizione di diritto oggettivo⁷²⁷ è tesa a verificare la legittimità dell'azione amministrativa, passando in secondo piano l'interesse al bene della vita anelato dal ricorrente la cui domanda diventa solo uno strumento per consentire al giudice il controllo di legittimità. Al contrario, nella giurisdizione di diritto soggettivo assume valore centrale l'interesse al bene della vita che sottende la situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio, di talché se il g.a. verifica l'illegittimità dell'azione amministrativa, nei limiti della domanda, adotta i provvedimenti che possano assicurare la completa soddisfazione dell'interesse al bene della vita che il ricorrente aspira ad ottenere ovvero a mantenere⁷²⁸.

⁷²⁷ Cfr. sul punto L. CIMELLARO, *La legittimazione al ricorso nella trattativa privata: vero un superamento della tradizionale concezione dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 110 ss., secondo cui il processo amministrativo era originariamente “concepito in chiave oggettivistica, configurandosi promosso sempre e comunque nell'interesse obiettivo dell'ordine giuridico così che la tutela del singolo cittadino non poteva essere che mediata e coordinata al perseguimento di quello”. Per maggiori dettagli sul diritto amministrativo delle origini caratterizzato dal “primato dell'interesse collettivo, (dal)la posizione di supremazia assegnata agli organi amministrativi, (dal)la strutturale disparità del rapporto...” cfr. B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, 483 ss.

⁷²⁸ Cfr. E. FOLLIERI, *L'effettività della tutela innanzi al giudice amministrativo nei recenti arresti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016 e in *Atti del Convegno “Present-day Trends in the Development of National Legislation – A comparison between the Ukrainian and the Italian Systems”*, Kiev, 4-5 novembre 2016, 269 ss.

Ebbene, la difficoltà di inquadramento concettuale del rito in esame risulta avvalorata dalla giurisprudenza amministrativa che se ha più volte sottolineato il carattere soggettivo del processo amministrativo, retto dal principio della domanda, non ha mancato di affermare che sussistono delle “aperture parziali alla giurisdizione di tipo oggettivo”. Tra gli esempi di tali “aperture” richiama proprio il disposto degli artt. 121 e 122 c.p.a. che attribuiscono al g.a. il potere di “modulare gli effetti dell’inefficacia del contratto”⁷²⁹.

⁷²⁹ Si fa riferimento a Cons. Stato, ad. pl., 13 aprile 2015, n. 4, commentata da G.D. COMPORI, *Azione di annullamento e dintorni nell’ottica della soggettività delle forme di tutela*, in *Giur. it.*, 2015, 1693 ss.; F.G. SCOCA, *Il principio della domanda nel processo amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2015, 1596 ss.; A. TRAVI, *Recenti sviluppi sul principio della domanda nel giudizio amministrativo*, in *Foro it.*, 2015, III, 265 ss.; M. TRIMARCHI, *Principio della domanda e natura del processo secondo l’adunanza plenaria del consiglio di stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1101 ss.; D. TURRONI, *Justice delayed is (not) justice denied. L’annullamento dell’atto non è «variabile dipendente» della durata del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 173 ss.; F. MANGANARO – A. MAZZA LABOCETTA, *La giustizia amministrativa come giurisdizione di natura soggettiva nella sentenza dell’Adunanza plenaria n. 4 del 2015*, in *Urb. e app.*, 2015, 920 ss. La sentenza dell’ad. pl. N. 4 del 2015 statuisce l’impossibilità per il g.a. di sostituire d’ufficio integralmente la domanda di annullamento proposta in giudizio, con una domanda di risarcimento dei danni, ledendo e non soddisfacendo l’interesse al bene della vita agognato dal ricorrente, nonché violando i principi della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Si tratta di una conclusione in linea con l’effettività della tutela giurisdizionale secondo cui il processo deve dare “al ricorrente vittorioso tutto quello e soltanto quello che abbia chiesto ed a cui abbia titolo”. Cfr. in argomento Cons. Stato, ad. pl., 7 aprile 2011, n. 4; Id., 26 luglio 2012, n. 30. Dunque, il supremo consesso amministrativo nella sentenza n. 4 del 2015 afferma a chiare lettere che la giurisdizione amministrativa ha natura soggettiva, seppur con delle parziali aperture di diritto oggettivo, tra cui menziona proprio i poteri esercitabili dal giudice ex art. 121 e 122 c.p.a., che comportano un’attenuazione del principio dispositivo. La sentenza quasi coeva dell’adunanza plenaria del Consiglio di Stato (cfr. Cons. Stato, ad. pl., 27 aprile 2015, n. 5) richiamando la precedente pronuncia n. 4 del 2015 conferma che il processo amministrativo ha natura soggettiva ed è retto dal principio della domanda. Tuttavia, com’è stato affermato da attenta dottrina E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro nell’affermazione della giurisdizione soggettiva del processo amministrativo di annullamento*, in *Giur. it.*, 2015, 2192 ss., la sentenza “compie due passi avanti e uno indietro nell’affermare che il processo amministrativo di annullamento è di giurisdizione soggettiva”, in quanto se da un lato afferma che il giudice, in presenza di esplicita graduazione dei motivi da parte del ricorrente, sia ad essa vincolato; dall’altro individua due limiti alla tutela principale della pretesa fatta valere in giudizio. Tali limiti sono rappresentati dal vizio d’incompetenza che, a prescindere da una graduazione della parte, deve essere esaminato per primo, dal momento che l’art. 34, co. 2, c.p.a. esclude che il giudice possa sindacare un atto di un’autorità incompetente qualora quella competente non abbia esercitato il suo potere, pena la violazione del principio posto dal detto art. 34, co. 2, secondo cui il giudice non può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati. Il secondo è costituito dall’interesse della collettività alla legittimità dell’azione amministrativa che viene in rilievo qualora il ricorrente non abbia graduato esplicitamente i vizi-motivi di ricorso. Come rileva Follieri in tal caso “l’adunanza plenaria supera la tesi del soddisfacimento del massimo interesse della parte a favore dell’interesse generale dell’intera collettività ad una legittima gestione della cosa pubblica, in ragione del particolare oggetto del giudizio impugnatorio legato al controllo sull’esercizio della funzione pubblica”. È evidente che si tratta di giurisdizione oggettiva tesa non alla tutela del ricorrente, ma della legittimità dell’azione amministrativa. Conclude l’Autore affermando: “l’adunanza plenaria, quasi per ossequio alla tradizione, ha voluto richiamare il fantasma della giurisdizione oggettiva, ma le è forse sembrato eccessivo porlo come principio espresso, preferendo che siano semmai le sezioni a trarlo dalla motivazione”. Sulle tematiche relative all’art. 99, co. 3, c.p.a. e alla vincolatività dei principi di diritto posti dall’adunanza plenaria del Consiglio di Stato cfr. E. FOLLIERI, *L’adunanza plenaria del consiglio di Stato*, in *I principi vincolanti dell’adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, a cura di E. FOLLIERI – A. BARONE, San Giuliano Milanese (MI), 2015, 25 ss.; F. FOLLIERI, *Correttezza (richtigkeit) e legittimazione del diritto giurisprudenziale al tempo della vincolatività del precedente*, in *Dir. amm.*, 2014, 317 ss. E ancora riguardo alle due sentenze del supremo consesso appare condivisibile l’osservazione di M. TRIMARCHI, *Principio della domanda e natura del processo secondo l’adunanza plenaria del consiglio di stato*, *op. cit.*, 1101 ss., secondo cui “il modo altalenante di concepire il principio della domanda, ora come fonte di vincolo per il giudice ora come istanza recessiva, dipende dal diverso modello di giurisdizione che di volta in volta ispira le soluzioni processuali dell’adunanza plenaria”. Difatti, quando la plenaria tutela la parte processuale muove da una concezione soggettiva del processo e viceversa. Pertanto, “gli arretramenti del principio della domanda che si sono riscontrati nella plenaria n. 5/2015 corrispondono alla messa in discussione della natura soggettiva della giurisdizione”. “Il fatto che il principio della domanda arretri quando riemerge la funzione oggettiva della giurisdizione dimostra che il principio stesso possiede una carica valoriale che trascende la tecnica processuale. Esso non è

Non è un caso che le suddette disposizioni siano state a volte utilizzate con valenza generale per legittimare, dietro l'egida del principio di effettività della tutela giurisdizionale⁷³⁰, la “destrutturazione di uno dei principi cardine del processo amministrativo, ovvero la corrispondenza tra chiesto e pronunciato⁷³¹, minando alle fondamenta quel principio dispositivo che tradizionalmente viene considerato alla base del (giusto processo amministrativo)”⁷³².

In altri termini, se la giurisprudenza ha utilizzato gli artt. 121 e 122 c.p.a. per sostituire il principio dispositivo con un “principio dirigistico”⁷³³, in base al quale non è il privato a dare una direzione al processo nel senso da lui richiesto nella domanda, ma sarà il giudice ad indirizzare, a seconda delle circostanze, il corso del giudizio e la sorte della pretesa del ricorrente; *a contrario* si desume

assiologicamente neutro ma connaturato alla funzione di tutela della situazione giuridica soggettiva, per cui l'adunanza plenaria è costretta a porvi deroghe quando vuole riproporre la funzione di tutela dell'interesse pubblico”. Conclude l'Autore “l'impressione generale che si ricava è che il giudice amministrativo si senta costretto dal dato costituzionale a riconoscere la natura soggettiva del processo, ma che al contempo ritenga la giurisdizione soggettiva una camicia troppo stretta rispetto alla sua vocazione di tutore della legalità”. La sentenza dell'adunanza plenaria n. 5 del 2015 è anche commentata da L. PERFETTI – G. TROPEA, *“Heart of darkness”: l'Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 219 ss.; D. VAIANO, *Ordine di esame dei motivi, principio della domanda e funzione del giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2015, 1186 ss.; A. CERRETO, *Sul potere del giudice amministrativo di stabilire l'ordine di decisione dei motivi e delle domande nel giudizio davanti al Tar (osservazioni alla sentenza del Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5*, in www.lexitalia.it

⁷³⁰ Si fa riferimento a Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, con commento di A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e “non annullamento” dell'atto illegittimo*, in *Urb. e app.*, 2011, 927 ss.; E. FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2012, 439 ss.; R. VILLATA, *Spigolature “stravaganti” sul nuovo processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 856; ID., *Ancora “spigolature” sul nuovo processo amministrativo?*, *ivi*, 2 ss.; M. MACCHIA, *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1310 ss.; F. CARINGELLA, *L'annullamento a geometrie variabili nella più recente giurisprudenza amministrativa*, in *Giur. it.*, 2012, 2177 ss.; C.E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 280; A. GIUSTI, *La “nuova” sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 293 ss.; L. BERTONAZZI, *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminatorio?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1128; M. FORNACIARI, *Ultimissime dal Consiglio di Stato: l'annullamento... che non annulla!*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1662 ss.; R. DIPACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1358 ss. Il Consiglio di Stato con la sentenza in commento ha ritenuto che l'effetto eliminatorio dell'atto amministrativo illegittimo non sia un effetto tipico della pronuncia di annullamento, pertanto il giudice quando accoglie la relativa domanda può anche stabilire che la sentenza non produca la rimozione degli effetti giuridici non solo *ex tunc*, ma anche *ex nunc*, determinando il solo effetto conformativo, senza eliminare il provvedimento illegittimo e i suoi effetti, che anzi continuano ad esistere data la non utilità della loro rimozione per il ricorrente. Al di là della condivisibile critica mossa “all'ingegneria processuale” studiata dal Consiglio di Stato, ciò che colpisce è che la deroga al principio dispositivo - secondo cui il ricorrente non ottiene l'annullamento dell'atto seppur richiesto nel ricorso, onde salvaguardare il principio di effettività della tutela, declinato in tal caso come utilità per il ricorrente medesimo - deriva dal disposto degli artt. 121 e 122 c.p.a., elevati a modello di modulazione degli effetti della sentenza costitutiva di annullamento ad opera del g.a. In altri termini, non solo le disposizioni in esame assumono valenza generale, essendo applicabili anche nel giudizio di annullamento nel processo ordinario, ma vengono utilizzati proprio per “destrutturare” il principio dispositivo e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. A conferma che a parere della giurisprudenza i poteri del g.a. ex art. 121 e 122 c.p.a. sono modulabili a “direzione del giudice” e che, dunque, nel rito in materia di appalti pubblici il principio dispositivo subisce un'attenuazione.

⁷³¹ Tale principio è stabilito dall'art. 112 c.p.c. ed applicabile anche al processo amministrativo in virtù del rinvio esterno operato dall'art. 39 c.p.a.

⁷³² V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, *op. cit.*, 176. Cfr. in senso analogo E. FOLLIERI, *Conclusioni*, Relazione al Convegno di Studi su “Processo amministrativo ed effettività della tutela alla luce del Codice”, Chieti, 27 aprile 2012.

⁷³³ Cfr. in argomento G. GALLONE, *Processo dispositivo e processo dirigistico*, in *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, a cura di E. FOLLIERI – A. BARONE, San Giuliano Milanese (MI), 2015, 748 ss.

che secondo la giurisprudenza amministrativa le norme *de quibus* comportino una deroga al principio dispositivo che regge il giudizio amministrativo di diritto soggettivo.

Difatti, anche quando la giurisprudenza ha escluso che tali disposizioni potessero avere una valenza generale e non fossero applicabili nel caso sottoposto alla sua attenzione, non ha negato che si tratta di norme aventi carattere eccezionale e sono, pertanto, utilizzate come esempio nel nostro ordinamento di “aperture parziali alla giurisdizione di tipo oggettivo”⁷³⁴.

Tale posizione è stata fortemente contrastata da chi⁷³⁵ ritiene che gli ampi poteri cognitori e decisorii affidati al giudice, che possono spingersi sino alla condanna della stazione appaltante al subentro del ricorrente nel contratto d'appalto, siano funzionali a dare soddisfazione all'interesse al bene della vita anelato dal ricorrente.

Ed anzi, essendo obiettivo precipuo della direttiva ricorsi assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, il rito in materia di appalti pubblici rappresenta “quanto di più efficace ed efficiente esista nel nostro sistema di giustizia amministrativa a tutela della situazione giuridica soggettiva del ricorrente che agisce per ottenere soddisfazione, a seconda dei casi, dell'interesse a divenire aggiudicatario, invece del concorrente illegittimamente scelto, o a ripetere la gara per avere un'altra *chance* per vincerla”⁷³⁶.

In definitiva, nonostante la dottrina più garantista si sforzi di evitare di creare un micro-sistema processuale accelerato con regole proprie, non mancano soluzioni dottrinali e giurisprudenziali che militano nel senso opposto, a conferma della difficoltà di contenere le aperture “oggettivistiche” provenienti dal diritto eurounitario.

Tale difficoltà è confermata da un altro istituto foriero di varie problematiche: le sanzioni alternative, di cui si discuterà nei paragrafi successivi.

⁷³⁴ Ci si riferisce a Cons. Stato, ad. pl., 13 aprile 2015, n. 4, la quale, arrestando la spinta centrifuga derivante dalla sentenza del 2011, afferma che il richiamo operato dall'ordinanza di rimessione ai poteri del g.a. ex artt. 121 e 122 c.p.a. per legittimare la possibilità per il giudice di disporre di un rimedio piuttosto che un altro non è corretto, in quanto si tratta di “fattispecie esclusive la cui disciplina non è estensibile in via analogica né tanto meno può essere assunta come espressiva di principi generali”. Inoltre, continua la plenaria, la questione risolta dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 2755 del 2011 è “ben diversa” da quella sottoposta alla sua attenzione. Ebbene, la sentenza n. 4 del 2015 giunge ad affermare il principio secondo cui il giudice deve attenersi alla domanda proposta dal ricorrente, senza poterla mutare d'ufficio, ed esclude l'applicazione degli artt. 121 e 122 c.p.a. perché si tratta di “fattispecie esclusive” che farebbero militare per la soluzione opposta. In altri termini, la plenaria ammette che gli artt. 121 e 122 c.p.a. derogano al principio dispositivo e sono espressione di giurisdizione oggettiva. *Contra* E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva del processo amministrativo di annullamento*, op. cit., 2192 ss.

⁷³⁵ E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva del processo amministrativo di annullamento*, op. cit., 2015, 2192 ss.

⁷³⁶ Cfr. E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva del processo amministrativo di annullamento*, op. cit., 2192 ss.

12. Le sanzioni “alternative” e le sanzioni “effettivamente” alternative: a) ambito di applicazione.

In base alla normativa Codicistica qualora il giudice non dichiarò l'inefficacia del contratto, ovvero l'inefficacia medesima sia temporalmente limitata, si applicheranno, ai sensi dell'art. 123 c.p.a., le “sanzioni alternative”.

Invero, il c.p.a. disciplina due tipologie di sanzioni alternative: l'una che è effettivamente alternativa alla dichiarazione di inefficacia del contratto (art. 121, co. 4, c.p.a.) e l'altra che viene impropriamente definita alternativa, in quanto si tratta di vizi che non condurrebbero mai a privare di effetti il contratto, non incidendo sulla legittimità del provvedimento di aggiudicazione (art. 123, co. 3, c.p.a.)⁷³⁷.

Coerentemente con l'ottica punitiva⁷³⁸ prediletta dal legislatore comunitario le sanzioni alternative trovano applicazione solo nelle ipotesi di violazioni gravi ex art. 121 c.p.a., mentre per le “violazioni ordinarie” se il contratto conserva la sua efficacia le sanzioni *de quibus* non saranno irrogate. Difatti, l'istituto in esame svolge una funzione di deterrenza, dissuadendo le stazioni appaltanti dal commettere violazioni gravi della normativa comunitaria. Come si è visto le ipotesi ex art. 121 c.p.a. presuppongono una tutela forte dell'interesse pubblico alla concorrenza che è stata distorta e viene ripristinata con la dichiarazione di inefficacia del contratto o, in mancanza, con l'irrogazione delle sanzioni alternative.

Al contrario, l'art. 122 c.p.a. non fa riferimento a violazioni che hanno obliterato in maniera grave la correttezza della competizione, pertanto, seppure il giudice dovesse decidere di conservare gli effetti del contratto non si disporranno le sanzioni alternative.

⁷³⁷ Cfr. E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, op. cit., 1129 ss., spec. 1132, il quale spiega che le sanzioni sono di due tipi: di natura pecuniaria e la riduzione parziale della durata residua del contratto, che possono essere applicate alternativamente ovvero cumulativamente. A ben vedere per le quattro ipotesi disciplinate all'art. 121, co. 1, c.p.a. si applica solo la pena pecuniaria, “poiché la sanzione alternativa scatta allorché il contratto possa essere privato degli effetti parzialmente o totalmente, per cui la pronuncia sostitutiva non può essere dello stesso tipo di quella che si è decisa di non poter adottare”. Il cumulo si può avere solo con riferimento all'art. 123, co. 3, c.p.a., dal momento che non si tratta di una sanzione effettivamente sostitutiva dell'inefficacia del contratto. Nello stesso senso si esprime F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, op. cit., 35. Per maggiori dettagli sull'irrogazione delle sanzioni alternative a livello giurisprudenziale cfr. E. FOLLIERI, *La giurisprudenza muove i primi passi sull'irrogazione delle sanzioni alternative*, in *Giur. it.*, 2012, 1920 ss.

⁷³⁸ A causa del carattere afflittivo sono spesso state ricondotte nella categoria delle sanzioni amministrative avente carattere punitivo ex art. 11 L. 24 novembre 1981, n. 689. La letteratura sulle sanzioni amministrative è sterminata. In questa sede cfr., ex multis, M. A. SANDULLI, *Sanzione*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXVIII, Roma, 1992, 2; ID., *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983; E. CASSETTA, *Sanzioni amministrative*, in *Dig. pubbl.*, XII, Torino, 1997, 599; E. ALLORIO, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 1; F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, 223 ss.; P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, in *Trattato di diritto amministrativo*, I, Milano, 2003, 589; A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925; G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924; C. E. PALIERO - A. TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989.

12.1. (Segue) b) Dubbi sulla costituzionalità della scelta di affidare il potere di irrogare le sanzioni al g.a.

Chiarito l'ambito applicativo deve rilevarsi che in dottrina si era acceso un fervido dibattito riguardo alla costituzionalità della scelta legislativa di attribuire il potere di irrogare le sanzioni al g.a. piuttosto che ad un'autorità amministrativa indipendente.

A parere di un primo orientamento⁷³⁹ tale scelta appare incostituzionale, in quanto gli artt. 100 e 103 Cost. consentono agli organi della giurisdizione amministrativa di tutelare le situazioni giuridiche soggettive di diritto soggettivo ed interesse legittimo, in linea con una giurisdizione di diritto soggettivo⁷⁴⁰, e nella Costituzione non si rinviene la possibilità di attribuire al giudice una funzione formalmente giurisdizionale, ma sostanzialmente amministrativa, di regola riservata all'amministrazione. Inoltre, la direttiva non imponeva di affidare il potere sanzionatorio ad un organo giurisdizionale, ma tale potere poteva essere attribuito alla vecchia AVPC⁷⁴¹, oggi sostituita dall'ANAC.

Al contrario, si è obiettato che la direttiva ricorsi con la dizione "organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice" non intendeva imporre né la via dell'organo giurisdizionale è né quella dell'autorità amministrativa indipendente, ma lasciava libero il legislatore delegante di decidere⁷⁴². A parere di tale indirizzo interpretativo⁷⁴³ una volta che la legge delega ha deciso di affidare i poteri sanzionatori al g.a. tale scelta non è passibile di illegittimità costituzionale, dal momento che non si rinviene nella Costituzione la previsione "di una riserva di amministrazione sull'irrogazione di sanzioni alternative"⁷⁴⁴.

⁷³⁹ Cfr. F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, op. cit., 37 ss.; G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, op. cit., 4 ss.

⁷⁴⁰ F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, op. cit., 37, aggiunge "è, insomma, giurisdizione in senso proprio". Non a caso dai lavori parlamentari emerge che la formula prevista negli artt. 100 e 103 Cost. sia stata preferita ad altre. Il g.a., dunque, svolge una funzione giurisdizionale, invece, nel caso di specie gli si attribuisce un potere sanzionatorio coincidente ad una funzione amministrativa che non dovrebbe svolgere. A ciò si aggiungano i dubbi di costituzionalità sollevati da G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, op. cit., 750, in relazione agli artt. 111, 117, co. 1, Cost. alla luce dei principi elaborati dalla CEDU in tema di sanzioni penali pecuniarie e riguardo all'equiparazione delle stesse alle sanzioni amministrative.

⁷⁴¹ Tale soluzione è stata prospettata da F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti (Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul "nuovo" processo amministrativo sui contratti pubblici)*, op. cit.; G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, op. cit., 8; B. RAGANELLI, *Effettività della tutela ed efficacia delle procedure di ricorso in materia di contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, 1155 ss.

⁷⁴² Cfr. E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, op. cit., 1134; Contra R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, op. cit., la quale ritiene che la scelta del legislatore delegante fosse obbligata dal momento che nell'ordinamento italiano il requisito dell'indipendenza è attribuito esclusivamente al giudice.

⁷⁴³ Cfr. più ampiamente E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, op. cit., 1134 ss.; P. CERBO, *Le sanzioni alternative nell'attuazione della direttiva ricorsi (e nel codice del processo amministrativo)*, in *Urb. e app.*, 2010, 884 ss.

⁷⁴⁴ E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, op. cit., 1134, rileva che, seppur si volesse qualificare l'irrogazione di sanzioni come funzione sostanzialmente

12.2. (Segue) c) L'ipotesi ex art. 123, co. 3, c.p.a. e i poteri d'ufficio. L'autonoma rilevanza delle regole procedurali. Un evidente caso di giurisdizione oggettiva.

Come chiarito, il c.p.a. prevede due ipotesi differenti di sanzioni alternative: la prima è disciplinata dall'art. 121, co. 4, c.p.a., che si pone come effetto consequenziale della pronuncia di annullamento qualora il g.a. non dichiari l'inefficacia totale del contratto; la seconda è prevista all'art. 123, co. 3, c.p.a. ed interviene qualora la violazione dei tempi di attesa procedurali e processuali da parte della stazione appaltante non abbiano influito sulla possibilità del ricorrente di ottenere il bene della vita anelato.

In questo secondo caso si tratta di una decisione che il giudice adotta d'ufficio⁷⁴⁵, in quanto non rappresenta una conseguenza dell'annullamento dell'atto di aggiudicazione, che è legittimo. In altri termini, il g.a. respinge la domanda di annullamento proposta dal ricorrente, dunque l'aggiudicazione è legittima⁷⁴⁶, ma l'art. 123, co. 3, c.p.a. sanziona comunque la stazione appaltante per aver violato regole poste a presidio della tutela dell'interesse pubblico alla concorrenza e dell'effettività della tutela del ricorrente. In tal caso si persegue lo scopo di dissuadere le stazioni appaltanti dal commettere violazioni ritenute "gravi" perché potenzialmente lesive dell'interesse del ricorrente ad ottenere tutela e della possibilità di ledere la concorrenza.

Ebbene, a differenza delle altre sanzioni che sono precedute da un giudizio di annullamento che però non porta alla dichiarazione di inefficacia totale del contratto, in tal caso, seguendo un'ottica punitiva e di deterrenza, si sanziona la stazione appaltante per la violazione dei termini di *standstill period* procedurali e processuali a prescindere ed anche in assenza di un interesse del ricorrente che, al contrario, potrebbe essere stato soddisfatto.

amministrativa, la scelta di affidarne l'applicazione al giudice non è incostituzionale, in quanto oltre a non esserci nella Costituzione una riserva di amministrazione, "non può invocarsi l'art. 13 della Costituzione che riserva alla giurisdizione l'applicazione delle sanzioni penali, per dedurre una simmetrica riserva di amministrazione per le sanzioni amministrative"; non di rado vi sono disposizioni che attribuiscono al giudice penale ed a quello civile il potere di irrogare sanzioni alternative, *ergo* tale potere può essere affidato anche al g.a. che è giudice al pari degli altri; il g.a. "già quantifica l'ammontare delle sanzioni devolute alla sua giurisdizione, applicando i criteri di cui all'art. 11 L. n. 689/1981". Cfr. nello stesso senso, P. CERBO, *Le sanzioni alternative nell'attuazione della direttiva ricorsi (e nel codice del processo amministrativo)*, *op. cit.*, 884 ss.

⁷⁴⁵ Cfr. E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, *op. cit.*, 1135, *Contra* A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, *op. cit.*, 657; M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010*, *op. cit.*, 107; S. RUSCICA, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2010, 1285, secondo cui le sanzioni alternative sono sempre applicate dal giudice d'ufficio, senza distinguere le due ipotesi *ex art.* 121 c.p.a. e 123, co. 3, c.p.a.

⁷⁴⁶ Ai sensi dell'art. 123, co. 3, c.p.a. il g.a. non annulla il provvedimento di aggiudicazione, in quanto legittimo, ma comunque procede all'irrogazione delle sanzioni dette impropriamente alternative perché non potrebbero mai condurre alla dichiarazione di inefficacia del contratto. Al contrario, ai sensi dell'art. 121, co. 4, c.p.a. il giudice annulla il provvedimento di aggiudicazione e conseguentemente o dichiara parzialmente l'inefficacia del contratto o non la dichiara affatto, ma in ambo i casi si applicano le sanzioni alternative. Dunque le sanzioni alternative si ineriscono in un giudizio di annullamento, a differenza del primo caso ove vengono dichiarate d'ufficio essendo stato dichiarato il ricorso inammissibile ovvero infondato. Cfr. E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, *op. cit.*, 1131.

Ed è qui che emerge la deriva “oggettivistica” imposta dal legislatore comunitario, che apre le porte ad una giurisdizione di diritto oggettivo ove la proposizione del ricorso è solo strumentale all’eventuale irrogazione di sanzioni alternative, rilevando la mera violazione di regole di carattere formale⁷⁴⁷.

L’autonoma rilevanza di regole formali, procedimentali, a prescindere dalla soddisfazione dell’interesse al bene della vita agognato sembra richiamare alla mente quella terza situazione giuridica soggettiva nota come interesse meramente procedimentale⁷⁴⁸. Quest’ultima figura prescinde dalla soddisfazione dell’interesse al bene della vita e mira solamente al rispetto da parte della stazione appaltante delle regole formali/procedimentali dettate per lo svolgimento delle procedure di gara, rimanendo sullo sfondo l’interesse materiale anelato dal ricorrente.

Difatti, come chiarito, l’art. 123, co. 3, c.p.a. disciplina una sanzione che colpisce la violazione in sé di regole formali e che si distingue dalle altre sanzioni, in quanto non è alternativa alla dichiarazione di inefficacia del contratto, non si inerisce in un giudizio di annullamento, ma è autonoma, essendo collegata alla mera violazione di regole formali. Non è alternativa alla dichiarazione di inefficacia del contratto, dal momento che quest’ultima non potrebbe mai essere dichiarata, essendo legittimo l’atto di aggiudicazione e la violazione dei tempi di attesa non hanno influito sulla possibilità del ricorrente di ottenere l’appalto⁷⁴⁹. In altri termini, l’inefficacia del contratto non va dichiarata “perché non soddisfa l’interesse del ricorrente, né quelli della stazione appaltante e del controinteressato-contraente”⁷⁵⁰. In questo senso non è alternativa alla dichiarazione di inefficacia del contratto, “ma è l’unica decisione prevista”⁷⁵¹.

⁷⁴⁷ Cfr. più ampiamente E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, op. cit., 1130 ss.

⁷⁴⁸ Si tratta di una situazione giuridica soggettiva che si aggiunge e si distingue dall’interesse legittimo e dal diritto soggettivo per essere sganciata dall’interesse al bene della vita. Cfr., senza pretesa di esaustività, E. FOLLIERI, *La pianificazione territoriale e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 536; ID., *La tutela risarcitoria degli interessi meramente procedimentali e il riparto di giurisdizione, conseguente alla pregiudizialità dell’azione di annullamento affermata dal Consiglio di Stato*, in *La responsabilità civile della Pubblica amministrazione*, a cura di E. FOLLIERI, Milano, 2004, 240 ss.; ID., *Interessi legittimi e interessi procedimentali*, in *Il danno risarcibile per lesione di interessi legittimi*, Napoli, 2004; ID., *Responsabilità della pubblica amministrazione e interesse procedimentale*, in *Il danno risarcibile*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2004; ID., *La penalità di mora nell’azione amministrativa (art. 28 D.L. n. 69/2013)*, in *Resp. e prev.*, 2013, 1795 ss.; R. SALERNI, *Il risarcimento dei danni per lesione di interessi giuridicamente rilevanti*, in *La responsabilità civile della Pubblica amministrazione*, op. cit., 233 ss.; F.G. SCOCA, *Interessi protetti (diritto amministrativo)*, op. cit., 8 ss.; P. DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996; M. OCCHIENA, *Prime riflessioni sugli interessi procedimentali dopo la legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 728; M. ALLENA, *Interessi procedimentali e Convenzione europea dei diritti dell’uomo: verso un’autonomia di tutela? (Commento a Consiglio di Stato, sez. IV, ordinanze 2 ottobre 2014, n. 4491 e 4492)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 67 e ss.

⁷⁴⁹ Cfr. E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, op. cit., 1130 ss.

⁷⁵⁰ E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, op. cit., 1096.

⁷⁵¹ E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, op. cit., 1131.

12.3. (Segue) d) La fase dell'irrogazione delle sanzioni assume i caratteri della giurisdizione oggettiva: mutamento della funzione e della struttura del processo.

Tuttavia, se sussistono differenze tra le sanzioni irrogate *ex art.* 123, co. 3, c.p.a. applicate dal g.a. d'ufficio e quelle irrogate *ex art.* 121, co. 4, c.p.a. che rientrano nella cognizione degli effetti dell'annullamento, la fase eventuale e finale del giudizio assume i caratteri della giurisdizione oggettiva anche nel caso delle sanzioni effettivamente alternative⁷⁵².

È noto che, in base all'art. 121, co. 4, c.p.a., il g.a. annulla il provvedimento di aggiudicazione e qualora, ai sensi dell'art. 121, co. 2, c.p.a., ritenga di non dichiarare l'inefficacia del contratto la tutela del ricorrente si riduce all'ottenimento del risarcimento del danno, ferma restando l'applicazione di sanzioni alternative, dal momento che le "gravi violazioni" non restano prive di conseguenze.

Ebbene, sia nel caso delle sanzioni alternative effettive, ove la loro applicazione è preceduta da una valutazione più incisiva⁷⁵³, che nel caso delle sanzioni *ex art.* 123, co. 3, c.p.a., che presuppongono un accertamento più limitato non essendo precedute dal giudizio di annullamento, nel momento della loro irrogazione si apre "una fase diversa ed eventuale del processo"⁷⁵⁴.

Da questo momento in poi il processo amministrativo "cambia pelle"⁷⁵⁵ perché non è più volto a tutelare le situazioni giuridiche soggettive fatte valere in giudizio ma ad irrogare le sanzioni alternative alla stazione appaltante per tutelare l'interesse pubblico al rispetto delle regole poste a presidio della libertà di concorrenza⁷⁵⁶ e della legittimità delle procedure di gara. In questa fase diversa ed eventuale il g.a. deve affrontare un diverso *thema decidendum* che si estende a profili che nel processo teso a dare tutela all'interesse legittimo non avevano alcuna rilevanza.

La parte in senso sostanziale è unica: la stazione appaltante⁷⁵⁷.

⁷⁵² E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, *op. cit.*, 1132.

⁷⁵³ E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, *op. cit.*, 1136, spiega che la fase dell'irrogazione delle sanzioni nei quattro casi previsti all'art. 121 c.p.a. "è preceduta da un articolato accertamento che riguarda sia gli elementi previsti dal comma 2 dell'art. 121 c.p.a. che la decorrenza parziale dell'inefficacia (se viene dichiarata l'inefficacia totale, ovviamente, non si passa alla sanzione alternativa), mentre per l'ipotesi delineata dal terzo comma dell'art. 123 c.p.a., sarà necessario un accertamento più limitato".

⁷⁵⁴ E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, *op. loc. ult. cit.*

⁷⁵⁵ E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, *op. cit.*, 1141. Cambia la funzione del processo: il giudice non tutela più le situazioni giuridiche soggettive del ricorrente, "ma l'interesse pubblico alla base della posizione delle norme disciplinatrici del procedimento amministrativo che sono state violate".

⁷⁵⁶ E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, *op. cit.*, 1132, chiarisce che la pronuncia del g.a. "interviene per sanzionare la violazione obiettiva delle disposizioni che ha compromesso la realizzazione di alcuni degli interessi pubblici oggetto di tutela normativa e cioè quelli del libero mercato, concorrenza, *par condicio*, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, nonché quelli volti ad ottenere reali possibilità di avere tutela".

⁷⁵⁷ Per quanto concerne le garanzie procedurali l'art. 123, co. 2, c.p.a. rinvia all'art. 73, co. 3, c.p.a., onde assicurare il rispetto del principio del contraddittorio. Tuttavia, osserva E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, *op. cit.*, 1139, che il richiamo all'art. 73, co. 3, c.p.a. "debba

Sul punto sono stati sollevati dubbi di legittimità costituzionale perché il giudice cumula le vesti di accusatore ed organo decidente, perdendo la “terzietà”, e perché ai fini dell’irrogazione della sanzione non si instaura un contraddittorio, essendo la stazione appaltante l’unica parte interessata⁷⁵⁸. Tali dubbi sono a parere di attenta dottrina⁷⁵⁹ facilmente superabili: il g.a. non diventa accusatore, ma si limita a rendere edotta la stazione appaltante delle motivazioni che legittimano l’irrogazione della sanzione, la cui misura è determinata invitando l’amministrazione aggiudicatrice a difendersi sul punto, consentendo, così, l’esercizio del diritto di difesa.

Dubbi di legittimità costituzionale si fanno più insistenti con riferimento all’art. 123, co. 3, c.p.a. ove il giudice d’ufficio, e non come conseguenza dell’annullamento del provvedimento di aggiudicazione che non viene annullato, indica alla stazione appaltante la possibilità di irrogare a suo carico una sanzione “alternativa”. Tuttavia, è noto che nel processo amministrativo il g.a. può adottare pronunce d’ufficio e ciò non trasforma il giudice in una “parte”⁷⁶⁰.

Anche nell’ipotesi descritta dal detto art. 123, co. 3, come si è osservato, il processo amministrativo ha natura oggettiva, poichè si prescinde totalmente dall’interesse al bene della vita che non rileva neanche nella fase precedente all’irrogazione della sanzione, non trattandosi di vizi che comportano l’annullamento dell’atto di aggiudicazione.

Anche se si tratta di giurisdizione oggettiva neanche in tal caso può concludersi per l’incostituzionalità della disposizione, in quanto se la Costituzione, da un lato, impone che il processo amministrativo debba tutelare le situazioni giuridiche soggettive e, dunque, abbia le caratteristiche di una giurisdizione soggettiva, dall’altro, non esclude che nel processo si tuteli anche l’interesse pubblico. Beninteso, con l’ovvio limite che la tutela dell’interesse pubblico, in tal caso alla libertà di concorrenza, non comporti un’ingiustificata compressione o addirittura un sacrificio della tutela delle situazioni giuridiche soggettive fatte valere in giudizio.

rappresentare una garanzia minima e che, data la particolarità della fattispecie, il giudice dovrebbe procedere in modo da consentire un’effettiva tutela alla stazione appaltante, colmando la mancanza di disciplina processuale”. Tale *deficit* di tutela giurisdizionale contro le sanzioni si ravvisa soprattutto qualora siano irrogate in appello, poiché “non è possibile rivolgersi ad (altro) giudice contro di esse, dal momento che le sentenze del Consiglio di Stato, a parte la revocazione nei casi e nei modi previsti, sono ricorribili per Cassazione per i soli motivi inerenti la giurisdizione”. Cfr. anche i rilievi critici espressi da F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti (Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul “nuovo” processo amministrativo sui contratti pubblici)*, op. cit.; S. RUSCICA, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, op. cit., 1285; M. LIPARI, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l’inefficacia “flessibile” del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010*, op. cit., 105.

⁷⁵⁸ Così G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell’appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, op. cit., 8 ss.

⁷⁵⁹ E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, op. cit., 1137.

⁷⁶⁰ E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, op. cit., 1137 ss.

Difatti, “può dubitarsi della costituzionalità di una legge che non assicuri la tutela delle situazioni giuridiche soggettive, ma non di una legge che, senza negare tale tutela, utilizzi il processo amministrativo per la salvaguardia dell’interesse pubblico”⁷⁶¹.

13. Il risarcimento del danno. Orientamenti sulla codificazione di una pregiudiziale di annullamento: unica, duplice o triplice?

L’art. 123, co. 2, c.p.a. specifica che la condanna al risarcimento del danno non costituisce sanzione alternativa, ma si cumula con le sanzioni alternative⁷⁶².

I presupposti in base ai quali il giudice accorda il risarcimento del danno sono stabiliti dall’art. 124, co. 1, c.p.a. ove si afferma che “l’accoglimento della domanda di conseguire l’aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto”. Inoltre, continua l’art. 124, co. 1, c.p.a. statuendo che se il giudice non dovesse dichiarare l’inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno subito e provato.

Al comma 2 si prevede che la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di subentro, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal g.a. ai sensi dell’art. 1227 c.c., il quale può decidere di non concedere il risarcimento del danno per equivalente pecuniario⁷⁶³.

Ebbene, dalla formulazione della norma sembra desumersi che il ricorrente possa ottenere il risarcimento del danno per equivalente se ha proposto la domanda di subentro, che a sua volta è

⁷⁶¹ E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, op. cit., 1139.

⁷⁶² Cfr. in argomento G. STUMPO, *Del D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53 che integra e modifica il Codice dei lavori pubblici; sintesi delle principali innovazioni*, in *Riv. trim. app.*, 2010, 662.

⁷⁶³ L. PRESUTTI, *La pregiudiziale triplice in materia di appalti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2017, 93, rileva una differenza tra il meccanismo descritto all’art. 30, co. 3, c.p.a. (per l’azione risarcitoria prevista a livello generale) e quello previsto all’art. 124, co. 1, c.p.a.: mentre nel primo caso è l’azione di annullamento ad essere pregiudiziale all’ottenimento del risarcimento del danno; nel secondo caso è la proposta di subentro, vale a dire la proposizione dell’azione di adempimento, a produrre un effetto pregiudiziale paralizzante dell’azione risarcitoria. L’Autore ritiene che l’art. 30, co. 3, c.p.a. abbia definitivamente superato il problema della pregiudiziale amministrativa che, appunto, non è più prevista. Tuttavia, deve rilevarsi che appaiono condivisibili le critiche mosse dalla dottrina che ritiene che la pregiudizialità sia invero, nell’economia dell’art. 30, co. 3, c.p.a., “mascherata” (cfr. F.G. SCOCA, *Qualificazione della domanda giudiziale e controllo della rilevanza della questione di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2012, 4489), ovvero “sostanziale” (Cfr. E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, op. cit., 196). Difatti, l’eccessiva brevità del termine, unitamente al mancato ottenimento del risarcimento del danno qualora il giudice accerti che se fosse stata esperita l’azione di annullamento il danno non si sarebbe prodotto, rendono l’azione risarcitoria pura «poco più che un caso di scuola». Così M. CLARICH, *Azione di annullamento*, op. cit. Cfr., in senso analogo, M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno conquista l’autonomia? i nuovi rapporti tra l’azione risarcitoria e quella per l’annullamento nel codice del processo*, in *Il Foro amm.- Tar*, 2011; F.F. PAGANO, *Il principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale e il termine di decadenza per proporre l’azione autonoma di condanna nel processo amministrativo (nota a Corte cost. n. 94 del 2017)*, in www.giurcost.org; E.M. BARBIERI, *Il danno patrimoniale da provvedimento illegittimo fra prescrizione e decadenza*, op. cit., 466. Per maggiori dettagli sulla compatibilità del termine di decadenza di 120 giorni per esperire l’azione risarcitoria ex art. 30, co. 3, c.p.a. con il principio di effettività della tutela alla luce della nota pronuncia della Corte Cost., 4 maggio 2017, n. 94, cfr. R. RUSSO, *Generalità ed effettività della tutela nella sentenza della Corte costituzionale n. 94 del 2017*, in www.giustamm.it

condizionata dalla dichiarazione di inefficacia del contratto, che, com'è noto, è collegata e presuppone la richiesta di annullamento del provvedimento di aggiudicazione⁷⁶⁴.

In sintesi, la norma sembra riproporre una pregiudiziale di annullamento, ossia il ricorrente per ottenere il risarcimento del danno deve previamente esperire l'azione di annullamento dell'atto illegittimo con conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto, nonché chiedere il subentro nel contratto d'appalto, pena la non concessione del risarcimento del danno ex art. 124, co. 2, c.p.a.⁷⁶⁵.

Il precedente art. 245-*quinquies* d.lgs. n. 163 del 2006 stabiliva un'ulteriore limitazione che, fortunatamente, è stata espunta nel passaggio dal Codice dei contratti al c.p.a.: si prevedeva che qualora il g.a. non dichiarasse l'inefficacia del contratto disponeva il risarcimento del danno per equivalente solo in favore del ricorrente che avesse titolo all'aggiudicazione. Tale disposizione, suscettibile di illegittimità costituzionale⁷⁶⁶, ingiustificatamente escludeva il risarcimento del danno per perdita di *chances* di aggiudicazione⁷⁶⁷.

⁷⁶⁴ All'indomani dell'introduzione della norma la dottrina parlava di doppia pregiudiziale, dal momento che il ricorrente doveva ottenere sia l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione che la dichiarazione di inefficacia del contratto. Cfr. in tal senso F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, op. cit.; F. LIGUORI, *Appunti sulla tutela processuale e sui poteri del giudice nel decreto legislativo n. 53 del 2010*, op. cit.; D. PONTE, *Contratti, introdotta la pregiudiziale amministrativa*, in *Guida dir.*, 2010, 31; M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno*, op. cit. *Contra* E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, op. cit., 1073 ss., secondo cui la dichiarazione di inefficacia del contratto è una conseguenza necessaria od eventuale dell'annullamento dell'atto di aggiudicazione.

⁷⁶⁵ A. CARBONE, *Commento all'art. 124 c.p.a.*, in *Codice della Giustizia Amministrativa*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2015, 1294, ha parlato di pregiudiziale "triplice" poiché l'azione risarcitoria è subordinata al previo esperimento (con esito positivo) dell'azione di annullamento del provvedimento di aggiudicazione, della dichiarazione di inefficacia del contratto e dell'azione di subentro nel contratto medesimo. *Contra* L. PRESUTTI, *La pregiudiziale triplice in materia di appalti pubblici*, op. cit., 94 ss., secondo cui tra le tre tipologie di azioni menzionate non sussiste "un nesso di necessità in cui la pronuncia successiva non può essere emessa se non si è emessa quella precedente". L'Autore riporta degli esempi, tra cui l'art. 121, co. 5, c.p.a., ove l'annullamento non comporta mai la dichiarazione di inefficacia del contratto, "con la conseguenza che il ricorrente non avrebbe potuto evitare il danno, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti". Dunque, ben potrebbe accadere che l'esperimento dell'azione di annullamento, in cui è ricompresa la richiesta di dichiarazione di inefficacia del contratto, in quanto diretta conseguenza, contestualmente all'azione di adempimento non costituiscano strumenti idonei ad evitare il danno. Di poi, è lo stesso art. 124 c.p.a. a richiedere che il giudice non conceda il risarcimento del danno alla parte che "senza giustificato motivo" non esperisca con successo gli strumenti di tutela previsti. In definitiva, "in materia di appalti pubblici, la pregiudiziale amministrativa può considerarsi sussistere solo nella misura in cui il ricorrente, mediante l'esperimento delle azioni di annullamento (e non di mero accertamento), di dichiarazione di inefficacia e di subentro avrebbe potuto evitare il danno, essendo nelle altre ipotesi del tutto irrilevante".

⁷⁶⁶ Così M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010*, op. cit., 103 ss.

⁷⁶⁷ Sul risarcimento del danno da perdita di *chance* la letteratura giuridica è sterminata. Da ultimo, le incertezze interpretative riguardo al corretto modo di intendere la *chance* hanno determinato la rimessione della questione alla plenaria che si è pronunciata con un'ordinanza dell'11 maggio 2018, n. 7, con cui ha rimesso gli atti alla Sezione rimettente. Per maggiori dettagli sulla vicenda cfr. L. TARANTINO, *Il risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Urb. e app.*, 2018, 575 ss. In argomento cfr. pure G. MONTEDORO, *Il danno ingiusto nella prospettiva del giudice amministrativo*, in *Questione Giustizia*, 2018, 151 ss.

Tale locuzione è stata correttamente eliminata ed attualmente l'art. 124, co. 1, c.p.a. stabilisce che il risarcimento del danno sia accordato a chiunque provi di aver subito un danno⁷⁶⁸.

14. Il massimo livello di effettività della tutela giurisdizionale: il subentro del ricorrente nel contratto d'appalto. Un'ipotesi di azione di adempimento.

Ebbene, a parere di alcuni Autori dalla disciplina dell'art. 124 c.p.a. si deduce l'alternatività tra la tutela in forma specifica e quella per equivalente e quest'ultima è subordinata ad una doppia pregiudizialità: il ricorrente deve aver richiesto la domanda di annullamento con conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto unitamente alla domanda di subentro e il g.a. deve necessariamente aver dichiarato l'inefficacia del contratto per disporre il subentro, in caso contrario, accorda il risarcimento del danno per equivalente, non essendo possibile quello in forma specifica⁷⁶⁹.

Secondo altra parte della dottrina il subentro nel contratto d'appalto non corrisponde al risarcimento in forma specifica *ex art. 2058 c.c.*, ma piuttosto ad una innominata azione di adempimento volta a chiedere al giudice di pronunciare una sentenza di condanna della stazione appaltante ad un *facere* specifico, coincidente con il subingresso del ricorrente nel contratto stipulato⁷⁷⁰.

Difatti, se il risultato finale è il medesimo, vale a dire l'aggiudicazione e la sottoscrizione del contratto in favore del ricorrente, ciò che muta è la valutazione che il giudice è chiamato ad effettuare: nell'ipotesi dell'esercizio dell'azione di adempimento il g.a. è tenuto ad accertare solo la spettanza dell'aggiudicazione, mentre per il risarcimento in forma specifica si aggiungono gli elementi del danno e dell'illecito.

Ebbene, a parere di attenta dottrina la formulazione dell'art. 124 c.p.a. parte da un "equivoco di fondo"⁷⁷¹, in quanto accorda al ricorrente il risarcimento del danno per equivalente qualora il g.a.

⁷⁶⁸ Cfr. E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, op. cit., 1109 ss.

⁷⁶⁹ Non sembrano operare un *distinguo* tra il risarcimento in forma specifica e l'azione di adempimento F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, 86; A. TRAVI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 222. Per la giurisprudenza, secondo cui il risarcimento dei danni in forma specifica corrisponde all'azione di adempimento, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3355; Id., sez. V, ord. 28 marzo 2008, n. 1328; Id., ad. pl., 21 novembre 2008, n. 12; Id., sez. V, 9 novembre 2009, n. 6966; Cass., sez. un., 10 febbraio 2010, n. 29.

⁷⁷⁰ Ritengono che l'art. 124 c.p.a. disciplini un'azione di adempimento E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, op. cit., 1105; P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, op. cit., 723; M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010*, op. cit., 100 ss.; V. LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, op. cit., 1356 ss.; G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, op. cit., 1060; A. CARBONE, *Commento all'art. 124 c.p.a.*, op. cit., 1198; L. PRESUTTI, *La pregiudiziale triplice in materia di appalti pubblici*, op. cit., 96 ss., secondo cui, a differenza dell'art. 30 c.p.a., l'art. 124 c.p.a. disciplina un'azione di condanna tipica.

⁷⁷¹ E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, op. cit., 1109.

non disponga la dichiarazione di inefficacia del contratto perché non ci sono le condizioni per concedere la tutela in forma specifica. Dunque la norma, così come ritenuto anche da parte della dottrina e della giurisprudenza, equipara l'azione di adempimento al rimedio del risarcimento in forma specifica, che costituiscono, invece, due tipologie di azioni differenti.

Ebbene, se il giudice dovesse dichiarare l'inefficacia del contratto il ricorrente non ha diritto al risarcimento del danno per equivalente perché ha potuto percorrere la strada che porta all'ottenimento del bene della vita anelato, ed è, dunque, pienamente tutelato. Tuttavia, deve criticarsi questa impostazione che esclude la possibilità per il ricorrente di ottenere il risarcimento del danno per equivalente qualora abbia esperito l'azione di adempimento e il giudizio di spettanza si sia risolto positivamente, anche se, in concreto, abbia subito dei danni.

Tale inconveniente sarebbe superabile se si ammettesse, invece, che il subentro nel contratto d'appalto corrisponda ad un'azione di adempimento, il cui *petitum* è rappresentato dalla richiesta di ottenere l'aggiudicazione e la stipula del contratto in sostituzione dell'originario contraente, prescindendosi dalla verifica del danno e dell'illecito quali presupposti del risarcimento in forma specifica.

Difatti, la previsione dell'azione di adempimento sarebbe maggiormente rispondente al ragionamento condotto sino a questo punto ove si è sottolineato che l'effetto utile della direttiva 2007/66/CE corrisponde, in ultima analisi, alla tutela dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza soggettivata nell'interesse del ricorrente all'ottenimento dell'aggiudicazione.

Ebbene sotto il profilo contenutistico la tutela della concorrenza raggiunge il massimo risultato non solo quando il giudice, a seguito dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, dichiara l'inefficacia del contratto, ma soprattutto quando il legittimo aggiudicatario subentri nel contratto originariamente stipulato. Difatti, in tal caso, si ristabilisce la concorrenza e la pronuncia giurisdizionale raggiunge il massimo dei suoi effetti ricostruttivi, assicurando all'operatore economico titolare di un interesse legittimo pretensivo una piena ed effettiva tutela.

In tale prospettiva la dichiarazione di inefficacia del contratto, anche qualora abbia effetto retroattivo, non consente al ricorrente di ottenere la soddisfazione della pretesa fatta valere in giudizio possibile solo con il subentro nel contratto in sostituzione dell'originario aggiudicatario, che non può che assumere le fattezze dell'azione di adempimento.

Dunque, la dichiarazione di inefficacia del contratto si pone come ponte di collegamento tra l'annullamento dell'aggiudicazione e il subentro del ricorrente nel contratto⁷⁷². Ciò è testimoniato dall'art. 124, co. 1, c.p.a. ove si afferma che "l'accoglimento della domanda di conseguire

⁷⁷² S. VACCARI, *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale satisfattoria*, op. cit., 297 ss.

l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto”, ad ulteriore conferma che si tratta di un'inefficacia funzionalizzata al subentro del ricorrente nel contratto d'appalto.

A ben vedere, la dichiarazione di inefficacia del contratto unitamente alla possibilità per il ricorrente di subentrare nel contratto sono istituti espressione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, poiché consentono al ricorrente di soddisfare concretamente la propria pretesa e nello stesso tempo si tutela la concorrenza, in quanto non solo si rimuovono gli effetti di un affidamento illegittimo, ma si conclude il giudizio attribuendo il contratto al legittimo contraente e, in tal modo, si assicura che la competizione si sia svolta correttamente.

Ebbene è proprio la proposizione dell'azione di adempimento a consentire la realizzazione dell'effetto utile della direttiva ricorsi, come rilevato.

Per quanto riguarda il processo amministrativo si tratta di una disposizione che non poteva non essere salutata con favore in quanto rappresenta quanto “di più efficace ed efficiente”⁷⁷³ esista nel nostro ordinamento e attribuisce al titolare dell'interesse legittimo pretensivo quella tutela piena ed effettiva che il giudizio amministrativo di annullamento, incentrato prevalentemente sull'azione demolitoria, faticava ad accordargli⁷⁷⁴.

Anche in tal caso il rito in materia di appalti pubblici si conferma “rito-pilota”⁷⁷⁵, in quanto l'azione di adempimento è stata estesa a tutto il processo amministrativo ed è oggi codificata all'art. 34, co. 1, lett. c), c.p.a.⁷⁷⁶

⁷⁷³ E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva del processo amministrativo di annullamento*, op. cit., 2192 ss.

⁷⁷⁴ Cfr. sul punto E. LUBRANO, *Le azioni a tutela degli interessi pretensivi nel nuovo processo amministrativo*, Roma, 2012.

⁷⁷⁵ M.A. SANDULLI, *Le principali novità nel rito speciale in materia di appalti pubblici*, op. cit.

⁷⁷⁶ Quest'ultima è stata prevista per la prima volta per il rito appalti ex art. 124 c.p.a., mentre, a livello generale, ha vissuto una vicenda un po' travagliata: espunta nella versione definitiva del c.p.a. è stata, successivamente, ricavata in via interpretativa, dapprima dalla dottrina e, in seguito, dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, ad. pl., nn. 3 e 15 del 2011) e, da ultimo, è stata espressamente prevista dal d.lgs. n. 160 del 2012 che, apportando dei correttivi al c.p.a., ha aggiunto all'art. 34, co. 1, lett. c) un ultimo periodo: “l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'art. 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio”. Su queste tematiche cfr., senza pretesa di esaustività, E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, in *Giustizia amministrativa*, op. cit., 193 ss.; ID., *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in www.giustamm.it; M. CLARICH, *Le azioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1121 ss.; precedentemente all'introduzione del c.p.a. cfr. ID., *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557 ss.; più di recente A. CARBONE, *L'azione di condanna ad un fare. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 175 ss.; ID., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, 225 ss.; P. CERBO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1 ss.; F. CARINGELLA, *Il secondo correttivo processuale battezza l'azione di esatto adempimento*, in *Il nuovo dir. amm.*, 2012, 11 ss.; C. COMMANDATORE, *La piena tutela dell'interesse legittimo pretensivo, dopo l'azione di annullamento, l'azione di adempimento*, in *Urb. e app.*, 2017, 655 ss. Dunque, il rito appalti è stato un precursore sulla strada dell'effettività della tutela degli interessi legittimi pretensivi.

È noto che l'azione di adempimento, seppur nel rispetto dei limiti di natura processuale e sostanziale⁷⁷⁷, consente di tutelare pienamente il titolare dell'interesse legittimo pretensivo che può ottenere, già in fase di cognizione⁷⁷⁸, la soddisfazione del suo interesse sostanziale all'aggiudicazione dell'appalto, alla stipula del contratto e all'esecuzione dell'appalto o, in mancanza, almeno la ripetizione della gara, parziale o totale, per avere un'altra *chance* di vincerla. In definitiva, nonostante i profili critici che sino a questo punto della trattazione sono stati evidenziati, non può che concludersi che la maggiore ampiezza dei poteri cognitori, decisori, istruttori⁷⁷⁹ e cautelari, che consentono al g.a. di effettuare un sindacato a “trecentosessanta gradi” dei vari interessi in gioco fino a raggiungere il massimo livello di effettività della tutela

⁷⁷⁷ Per cui cfr. E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, *op. cit.*, 189 ss.

⁷⁷⁸ Per la differenza tra l'azione di adempimento (e dunque, correlativamente, tra la sentenza di condanna della p.a. ad un *facere* specifico) e l'effetto conformativo derivante dalla sentenza costitutiva di annullamento, in termini di soddisfazione dell'interesse al bene della vita anelato dal titolare dell'interesse legittimo pretensivo nel processo amministrativo in generale, cfr. E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, *op. cit.*, 182 ss. In quanto si tratta di un'azione di adempimento, in unico ricorso il ricorrente può esperire contestualmente l'azione di annullamento con conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto e l'azione di adempimento. Cfr. sul punto A. CARBONE, *Commento all'art. 124 c.p.a.*, *op. cit.*, 1198; S. CRESTA, *Commento all'art. 124 c.p.a.*, in *Codice del nuovo processo amministrativo*, a cura di F. CARINGELLA - M. PROTTO, Roma, 2010, 1156. *Contra* L. PRESUTTI, *La pregiudiziale triplice in materia di appalti pubblici*, *op. cit.*, 97 ss., secondo cui l'art. 124 c.p.a. prevede una speciale azione di adempimento a cui non sono applicabili i limiti processuali previsti in via generale per l'azione di adempimento *ex art.* 34, co. 1, lett. c), c.p.a.. Chiarisce l'Autore “l'azione di adempimento di cui all'art. 124 c.p.a. deve considerarsi del tutto speciale e ben può essere proposta con motivi aggiunti ovvero separatamente con autonomo ricorso rispetto all'azione di annullamento dell'aggiudicazione”.

⁷⁷⁹ Osserva E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, *op. cit.*, 1115, che nel rito in materia di appalti pubblici non sono dettate regole speciali in tema di istruttoria, ma valgono le regole generali. Tuttavia la maggiore ampiezza dei poteri cognitori e decisori impongono un'attività istruttoria particolarmente pregnante onde valutare ad esempio “la condotta della stazione appaltante”, “le esigenze imperative connesse ad un interesse generale”, in sintesi tutti quei parametri indicati dagli artt. 121 e 122 c.p.a. Occorre tuttavia precisare che l'accelerazione dei tempi processuali potrebbe essere ostativa ad una completezza di accertamenti e documentazione che, al contrario, il giudizio *de quo* richiederebbe. Per maggiori dettagli sui poteri istruttori nel processo amministrativo cfr., senza pretesa di esaustività, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Verificazione e consulenza tecnica d'ufficio nel quadro dei mezzi di prova esperibili nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2018, 761 ss.; ID., *Lezioni di giustizia amministrativa*, *op. cit.*, 350 ss.; A. POLICE, *I mezzi di prova e l'attività istruttoria*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di G. PAOLO CIRILLO, 2017, 399 ss.; P. LOMBARDI, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva “temperata”*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 85 ss.; L. PERFETTI, *Mezzi di prova e attività istruttoria*, in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2015, 657 ss.; G. MASTRODONATO, *I mezzi di prova nella giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo*, in *Il codice del processo amministrativo nel primo biennio di applicazione. Problemi teorici e dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. e proc. amm.*, *Quaderni*, 2014, 121 ss.; R. BRIANI, *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo. Una lettura alla luce dell'art. 111 della Costituzione*, Milano, 2013, 105; M. DUGATO, *L'istruttoria*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2013, 181 ss.; S. LUCATTINI, *Il giudice amministrativo alla prova dei fatti: per una specialità di servizio*, in www.judicium.it; C. MIGNONE, *Il giudizio di primo grado*, in *Manuale di giustizia amministrativa*, a cura di C. MIGNONE - P.M. VIPIANA, Padova, 2013, 250 ss.; F. SAITTA, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 125 ss.; M. SICA, *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo tra principio dispositivo e poteri officiosi*, in *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo. Atti del Convegno Annuale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto amministrativo. Trento 5-6 ottobre 2012*, Napoli, 2013, 130; G. ABBAMONTE, *La prova nel processo amministrativo*, in *Riv. amm.*, 1985, 679 ss.; F. BENVENUTI, *Istruzione del processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 204 ss.

giurisdizionale per il ricorrente, sembrano militare a favore di quella dottrina che include il rito in materia di appalti pubblici nell'alveo dei modelli processuali di giurisdizione soggettiva⁷⁸⁰.

Tuttavia, non può sottacersi che il rito in esame presenta molti elementi espressione di giurisdizione oggettiva⁷⁸¹ che se il legislatore nazionale del 2010 ha cercato di contenere, il legislatore successivo, mostrandosi "più comunitarista del diritto comunitario"⁷⁸², ha inserito creando un sistema processuale non rispondente ai canoni della nostra giustizia amministrativa e passibile di illegittimità costituzionale e comunitaria⁷⁸³.

⁷⁸⁰ Cfr. E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, op. cit., 1076 ss. In senso parzialmente contrario sembra esprimersi A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, op. cit., 483 ss., il quale ritiene che la maggiore ampiezza dei poteri cognitori e decisorii esercitabili dal g.a. nel rito *de quo* costituisca uno dei tre elementi (la cura di un interesse pubblico sensibile, la presenza di poteri ulteriori e speciali in capo al g.a., legittimazione ad agire più ampia) che connotano i modelli processuali differenziati di natura oggettiva. Difatti, chiarisce l'Autore, "seppure si deve ribadire che il potere discrezionale del giudice di decidere se dichiarare o meno inefficace il contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione non necessariamente presuppone una deroga al principio della domanda, né che questa consegua, altrettanto necessariamente, dalla circostanza che l'efficacia del contratto sia pronunciata anche laddove sia stato richiesto soltanto l'annullamento dell'aggiudicazione, appare chiaro che l'unione di questi elementi con una legittimazione di tipo "allargato" contribuisca ad attenuare i caratteri propri del modello ordinario di giustizia amministrativa e a configurare un giudizio "differenziato" secondo i canoni da noi descritti". Cfr., in senso analogo, C. BENETAZZO, *Ricorso incidentale, ordine di esame delle questioni e principio di effettività*, Torino, 2016, 171 ss. Non sembra avere dubbi sulla riconduzione del rito in materia di appalti pubblici nell'alveo della giurisdizione di diritto oggettivo A. BARTOLINI, *Una decisione poco europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 932 ss., il quale afferma "mentre il processo amministrativo italiano è sempre più informato ad un modello di giurisdizione soggettiva, quello sugli appalti delinea ed impone (limitatamente alle procedure di aggiudicazione) un modello oggettivo".

⁷⁸¹ Difatti, sembra essere di fronte ad un modello "ibrido" che presenta caratteristiche proprie della giurisdizione soggettiva, ma anche aperture "oggettivistiche", che, come rilevato, il legislatore del c.p.a. è riuscito a contenere.

⁷⁸² Tale espressione è stata mutuata da F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, op. cit.

⁷⁸³ Si rinvia la trattazione di tali aspetti al Capitolo successivo.

Capitolo IV

Il nuovo rito “super-accelerato” e le modifiche introdotte al giudizio appalti dal d.lgs. n. 50 del 2016.

1. Premessa.

Dall’analisi condotta sino a questo punto si può pendere atto della natura ibrida del rito speciale in materia di appalti pubblici corrispondente ad un modello processuale prevalentemente soggettivo, ma con “aperture parziali” di carattere oggettivo. Difatti, anche gli Autori più tradizionalisti e garantisti ⁷⁸⁴ almeno nelle ipotesi dell’irrogazione delle sanzioni alternative non hanno disconosciuto il carattere oggettivo del processo amministrativo che in tale fase eventuale “cambia pelle” non essendo più preordinato alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive azionate.

È stato anche rilevato che la nostra Costituzione propende per una giurisdizione di diritto soggettivo, ma non esclude totalmente la giurisdizione oggettiva, purchè non si obliteri o renda impossibile la tutela delle situazioni giuridiche soggettive fatte valere in giudizio. Ebbene, il legislatore europeo seguito da quello italiano erano riusciti a creare un rito speciale in grado di garantire contestualmente la tutela dell’interesse pubblico alla concorrenza e dell’interesse “pubblicizzato” del ricorrente ad ottenere l’aggiudicazione dell’appalto, evitando una pretermissione della tutela delle situazioni giuridiche soggettive, in virtù del principio di effettività della tutela giurisdizionale. Si era, in soldoni, cercato di tener fede alla *ratio* della direttiva ricorsi tesa a garantire ricorsi “rapidi ed efficaci”, seppur con tutti i limiti che sono stati evidenziati.

Tuttavia, lo scenario cambia all’indomani dell’emanazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ⁷⁸⁵, che con l’art. 204 ⁷⁸⁶ interviene ad integrare e modificare

⁷⁸⁴ Cfr. E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, op. cit., 1129 ss.; F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, op. cit., 19 ss.

⁷⁸⁵ Si tratta del nuovo Codice dei contratti pubblici che ha abrogato il vecchio d.lgs. n. 163 del 2006. Il nuovo Codice è stato pubblicato in G.U. 19 aprile 2016, n. 91 ed originariamente recava il seguente titolo “Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”. L’art. 1, co. 1, d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, recante “Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”, pubblicato in G.U. 5 maggio 2017, n. 103, modifica la rubrica del d.lgs. n. 50 del 2016 in “Codice dei contratti pubblici” decretando la fine delle dispute concernenti l’introduzione o meno di un nuovo Codice. Tra i molteplici commenti al nuovo Codice immediatamente dopo la sua entrata in vigore che mettono in luce i profili innovativi da esso apportati cfr. L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 605 ss.; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, 503 ss. Per un commento al nuovo Codice dei contratti pubblici post correttivo cfr., fra gli altri, M.P. CHITI, *Le modifiche al Codice dei contratti pubblici: un “correttivo scorretto”?*, in *Gior. dir. amm.*, 2017, 453 ss.

⁷⁸⁶ L’art. 204 d.lgs. n. 50 del 2016 è inserito nel Titolo I della Parte VI del d.lgs. cit., interamente dedicato al tema del “Contenzioso”. Il Titolo I si articola in due Capi: il Capo I è rubricato “ricorsi giurisdizionali” e si esaurisce nel solo art. 204; il Capo II è dedicato ai “rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale” e comprende gli artt. che vanno dal 205

sensibilmente l'art. 120 c.p.a. e, nell'ottica di deflazionare il contenzioso, introduce pesanti limiti alla tutela giurisdizionale, nonché rimette in discussione le categorie giuridiche classiche del diritto processuale amministrativo. In altri termini, tutti gli sforzi compiuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza per rendere il rito *de quo* compatibile con i canoni della giurisdizione amministrativa soggettiva diventano vani, in quanto le aperture "oggettivistiche", già presenti nella normativa precedente, vengono in taluni casi estremizzate, creando non solo una giurisdizione oggettiva, ma facendo proprio vacillare tutta la tenuta del sistema giustizia.

2. La ratio del considerando 122 della direttiva 2014/24/UE e il suo travisamento ad opera del legislatore italiano.

Fatta questa necessaria premessa si osservi che per dare attuazione alle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE⁷⁸⁷ viene adottata la legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 e, dunque, il d.lgs. n. 50 del 2016. Tuttavia, l'art. 204 d.lgs. n. 50 del 2016 rubricato "ricorsi giurisdizionali" non è un'attuazione delle predette direttive, ma degli specifici principi e criteri direttivi dettati in via autonoma dalla legge delega 28 gennaio 2016, n. 11.

Difatti, le direttive "sostanziali" del 2014 non menzionano espressamente il tema del contenzioso, ma la direttiva 2014/24/UE⁷⁸⁸ nel considerando n. 122 si limita ad un semplice rinvio "di salvezza" alla "direttiva ricorsi" 89/665/CEE, così come modificata dalla direttiva 2007/66/CE⁷⁸⁹, specificando che le nuove previsioni non dovrebbero pregiudicare le procedure di ricorso che risultano accessibili "per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto".

Ebbene, il considerando in esame non prescrive di apportare modifiche al tema del contenzioso che resta disciplinato dalle direttive ricorsi, già implicanti un elevato *standard* di effettività della tutela

al 211. Tra i vari commenti all'art. 204 d.lgs. cit. cfr. C. CONTESSA, *Commento all'art. 204*, in *Codice degli appalti e delle concessioni. Il Dlgs 50/2016 commentato articolo per articolo*, op. cit., 632 ss.

⁷⁸⁷ Cfr. E. FOLLIERI, *I principi generali delle Direttive Comunitarie 2014/24/UE e 2014/25/UE*, in *www.giustamm.it*, 2015.

⁷⁸⁸ Cfr. L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari*, Relazione per il 61° Convegno di Studi amministrativi su "La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione", Varenna, 17-19 settembre 2015, 1 ss.

⁷⁸⁹ Cfr. sul punto M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e 'precontenziosa' nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, op. cit., 5.; ID., *Il pre-contenzioso*, Relazione svolta al Convegno di studi su «Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici», organizzato a Cortina dall'Associazione veneta degli avvocati amministrativisti, 8 luglio 2016, in *www.italiappalti.it*, secondo cui "le tre direttive "sostanziali" del 2014, nel loro puntuale articolato, non regolano esplicitamente né il tema del contenzioso e della composizione delle controversie, né quello della tutela preventiva - o alternativa - dinanzi alle Autorità indipendenti". Tuttavia, "questa circostanza non implica affatto disinteresse per un aspetto cruciale della disciplina europea degli appalti pubblici".

giurisdizionale⁷⁹⁰. In altri termini, non sono necessari interventi correttivi, in quanto l'interesse dell'operatore economico all'aggiudicazione dell'appalto è già tutelato dalla direttiva 2007/66/CE. Pertanto, gli Stati membri devono limitarsi ad attuare le direttive "sostanziali" senza "pregiudicare tali procedure di ricorso"⁷⁹¹.

Dunque, il considerando 122 dopo aver espresso un giudizio positivo sulle direttive *de quibus*, avverte gli Stati membri, in virtù del principio di effettività della tutela giurisdizionale⁷⁹², di attuare le direttive "sostanziali" senza frapporre ostacoli al diritto al ricorso, rendendolo praticamente impossibile o eccessivamente difficoltoso.

Ebbene, chiarita quale sia la tutela applicabile al partecipante alla gara pretermesso, il considerando *de quo* in un'ottica di maggiore controllo della legittimità delle procedure di gara, invita gli Stati membri a prevedere strumenti che consentano a coloro che non siano titolari di una situazione giuridica soggettiva qualificata e differenziata, perché non sono partecipanti alla gara e forse neanche operatori economici, ma semplici "cittadini" "che non hanno accesso alle procedure di ricorso" di cui alla direttiva ricorsi, di avere comunque la possibilità "di segnalare le eventuali violazioni" delle direttive sostanziali "all'autorità o alla struttura competente", non potendo esperire un ricorso giurisdizionale⁷⁹³.

In altri termini, gli Stati membri sono invitati a prevedere, in aggiunta ai rimedi giurisdizionali, degli strumenti di controllo obiettivo della legittimità delle procedure di gara con legittimazione generalizzata.

Onde evitare "duplicazioni di autorità o strutture esistenti"⁷⁹⁴ i soggetti possono segnalare la violazione riscontrata all'Autorità di controllo esistente che a seguito della sollecitazione ha il potere-dovere di agire allo scopo di verificare la sussistenza della violazione denunciata.

Ebbene, il considerando 122, per rafforzare il rispetto delle regole poste a presidio della legittimità delle procedure di gara, stabilisce che tutti "i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e

⁷⁹⁰ In una recente relazione della Commissione europea, presentata al Parlamento europeo e al Consiglio, pubblicata il 28 gennaio 2017, avente ad oggetto il monitoraggio delle direttive ricorsi in ordine al raggiungimento degli obiettivi da esse perseguiti, si è constatato che le direttive *de quibus* non necessitano di un'urgente revisione. Tuttavia, non si è disconosciuta l'esistenza di *deficit* di tutela riguardanti i meccanismi di ricorso predisposti dagli Stati membri. Difatti, si è affermato che i problemi attinenti ai rimedi processuali avverso gli atti delle procedure di affidamento non riguardano le direttive ricorsi, bensì gli ordinamenti nazionali dei vari Stati membri dell'Unione Europea.

⁷⁹¹ Osserva M. LIPARI, *Il pre-contenzioso*, *op. cit.*, che l'invito rivolto agli Stati membri di "non pregiudicare tali procedure di ricorso" non costituisce un dato marginale. In altri termini si impone agli Stati membri "di attuare le tre direttive "sostanziali" del 2014 senza frapporre ostacoli al diritto alla tutela giurisdizionale (e agli analoghi mezzi di tutela attivabili dinanzi alle Autorità indipendenti), presidiato da una giurisprudenza UE molto ampia e rigorosa, per tanti aspetti "creativa", rispetto alla trama del diritto espresso puntualmente dalla direttiva ricorsi".

⁷⁹² Per cui cfr. Corte di Giustizia, 8 maggio 2014, C-161/13.

⁷⁹³ In questa parte del considerando 122 viene sancito un altro principio "di estrema importanza, suscettibile di incidere profondamente anche nel campo delle funzioni precontenziose delle Autorità di vigilanza: la necessità di assicurare adeguata tutela, quanto meno attraverso il potere di ricorso ad autorità di controllo generale, all'interesse legittimo del cittadino-contribuente al regolare svolgimento dell'intera procedura di appalto". Cfr. in argomento M. LIPARI, *Il pre-contenzioso*, *op. cit.*

⁷⁹⁴ Considerando 122 della direttiva 2014/24/UE.

altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto”. E, pertanto, devono essere legittimati a segnalare le eventuali violazioni riguardanti la procedura di affidamento.

Dunque, il legislatore comunitario per consentire la denuncia delle illegittimità delle procedure anche al semplice cittadino gli attribuisce una situazione giuridica soggettiva che impropriamente definisce interesse legittimo⁷⁹⁵, ma che presenta maggiori somiglianze con il nostro interesse meramente procedimentale sganciato dalla soddisfazione dell’interesse al bene della vita che sottende la posizione sostanziale di interesse legittimo.

Come ha osservato attenta dottrina⁷⁹⁶, la novità del considerando *de quo* consiste proprio nell’ingresso nel linguaggio del legislatore comunitario per la prima volta del termine “interesse legittimo”.

È evidente che non si tratta della situazione giuridica soggettiva così come intesa in Italia⁷⁹⁷, ma sembra che i soggetti menzionati possano esperire un’azione che sembra avere le caratteristiche più di un ricorso amministrativo che giurisdizionale, con legittimazione generalizzata e da proporre dinanzi “ad autorità o strutture di controllo generali, organi di vigilanza settoriali, autorità di vigilanza comunale, autorità competenti in materia di concorrenza, al Mediatore o ad autorità nazionali competenti in materia di audit”⁷⁹⁸.

L’interesse legittimo richiamato dalla direttiva si pone esclusivamente come interesse alla legittimità dell’azione amministrativa, nella specie al rispetto delle regole dettate per lo svolgimento delle procedure d’appalto, rimanendo sullo sfondo l’interesse al bene della vita, la cui soddisfazione è stata, al contrario, tenuta in debito conto dalle “direttive ricorsi”. Dunque, non si ha riguardo agli interessi materiali sottesi alla situazione giuridica soggettiva di cui sono titolari i partecipanti alla gara, ma è riconosciuto il potere di ricorrere in via amministrativa a chiunque possa avere un interesse anche se non ha partecipato alla gara o non è neanche un operatore economico. Ciò che rileva non è l’interesse del partecipante alla gara all’ottenimento dell’aggiudicazione con conseguente soddisfazione del suo interesse al bene della vita, bensì la tutela dell’interesse alla mera legittimità delle procedure d’appalto.

⁷⁹⁵ A cui si è già fatto cenno nel Capitolo precedente.

⁷⁹⁶ E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, 874.

⁷⁹⁷ A parere di E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, *op. cit.*, 875, spec. nota 6, la dottrina italiana “non è riuscita ad esporre e a far capire in Europa la categoria dell’interesse legittimo”, complice la non unanimità di vedute tra gli studiosi italiani. Tant’è vero che in un dizionario giuridico italiano-inglese l’interesse legittimo è tradotto in *legitimate interest*. Cfr. sul punto F. DE FRANCHIS, *Dizionario Giuridico Italiano-Inglese*, II, Milano, 1996, 898.

⁷⁹⁸ Considerando 122 della direttiva 2014/24/UE.

Si tratta di una posizione sostanziale che collima con la vecchia concezione della giurisdizione di diritto oggettivo ove l'interesse al bene della vita assume rilievo solo per legittimare il ricorrente ad agire in giudizio⁷⁹⁹.

Posto che non si tratta di una situazione giuridica soggettiva sovrapponibile al nostro interesse legittimo nella sua duplice "anima" di interesse al bene della vita e alla legittimità dell'azione amministrativa deve rilevarsi che, al di là dei problemi di inquadramento concettuale, il legislatore comunitario voleva semplicemente rafforzare gli strumenti di controllo obiettivo della legittimità delle procedure attribuendo una posizione giuridica sostanziale anche al semplice cittadino⁸⁰⁰.

Dunque, l'attribuzione al cittadino di una posizione sostanziale è un passaggio necessario per legittimarlo a segnalare le violazioni riscontrate, per giustificare e giuridicizzare un interesse che altrimenti non esisterebbe, ma non comporta un ampliamento della legittimazione ad agire, in quanto è lo stesso considerando 122 che più volte sottolinea di far salvo il sistema processuale descritto dalle direttive ricorsi, che non necessita correzioni ed integrazioni.

Si ribadisce il considerando *de quo* non influisce sui rimedi giurisdizionali, dunque, anche se utilizza impropriamente il termine interesse legittimo lo fa al solo scopo di ampliare la platea dei soggetti legittimati, si badi bene, non ad impugnare, bensì a segnalare ad un'autorità non giurisdizionale la violazione di una regola delle procedure ad evidenza pubblica.

L'utilizzo del termine interesse legittimo è utilizzato per sottolineare l'importanza di "denunciare"⁸⁰¹ le illegittimità delle procedure di gara, nonché attribuire la legittimazione a farle valere anche ad un *quisque de populo*.

Tuttavia, seppure il considerando 122 non si riferisca al tema del contenzioso e la possibilità per i soggetti interessati titolari di "un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto", a cui deve essere garantita un'adeguata tutela "quanto meno attraverso il potere di ricorso ad autorità di controllo generale"⁸⁰², non trova specifica attuazione in una puntuale disposizione della direttiva, pare comunque destinato "ad incidere sensibilmente sul tema della legittimazione al ricorso, sui vincoli all'autotutela delle stazioni appaltanti e alla valutazione della tenuta complessiva del nostro sistema di giustizia amministrativa e di precontenzioso"⁸⁰³.

⁷⁹⁹ Cfr. E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 875.

⁸⁰⁰ M. LIPARI, *Il pre-contenzioso*, op. cit.

⁸⁰¹ Chiarisce E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. loc. ult. cit., che la particolare figura di "ricorso amministrativo" a cui fa riferimento il considerando 122 potrebbe "assimilarsi alla mera denuncia all'autorità amministrativa che un *quisque de populo* può presentare, anche se la direttiva pone all'autorità amministrativa il dovere di prenderla in considerazione e decidere, a differenza della denuncia".

⁸⁰² M. LIPARI, *Il pre-contenzioso*, op. cit.

⁸⁰³ M. LIPARI, *Il pre-contenzioso*, op. cit.; ID., *La tutela giurisdizionale e 'precontenziosa' nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, op. cit., 6.

Difatti, come sarà chiarito, il legislatore italiano strumentalizzando e travisando la *ratio* del considerando 122⁸⁰⁴ ha introdotto un nuovo rito avverso le ammissioni ed esclusioni dalla gara creando, limitatamente all'impugnazione del provvedimento di ammissione, una posizione sostanziale sganciata dalla soddisfazione dell'interesse al bene della vita, ma mirante a far valere un interesse alla corretta formazione della platea dei concorrenti, con un interesse a ricorrere carente dei requisiti dell'attualità e della concretezza. Si ha, dunque, un ampliamento delle situazioni giuridiche tutelabili e della categoria dell'interesse a ricorrere travisando la *ratio* del considerando 122 ed incidendo negativamente sulla tutela giurisdizionale per favorire la cura di altri interessi e raggiungere scopi estranei al considerando *de quo* e, soprattutto, all'obiettivo delle direttive ricorsi.

In definitiva il considerando 122 imponeva di far valere le illegittimità delle procedure di gara, da parte di "chiunque", dinanzi ad autorità non giurisdizionali, non richiedeva di destrutturare i principi cardine della nostra giustizia amministrativa. Difatti, come avverte attenta dottrina, il legislatore italiano non ha ben compreso il vero significato del considerando *de quo* secondo cui, anche in assenza di una puntuale disposizione della direttiva, "il pieno diritto del cittadino di rivolgersi ad una struttura competente a realizzare il ripristino della legalità violata" deve considerarsi principio già immanente nel diritto eurounitario⁸⁰⁵. Un passo in questa direzione può essere rappresentato dall'eliminazione del potere di "raccomandazione vincolante" attribuito all'Anac ex art. 211, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016, con la sostituzione di un potere di segnalazione che può portare eventualmente anche all'esercizio di un'azione giurisdizionale da parte dell'Autorità anticorruzione dinanzi al g.a., ad ulteriore conferma della preferenza del legislatore nazionale per la risoluzione delle controversie *in subiecta materia* in sede giurisdizionale⁸⁰⁶. Tuttavia, non si tratta del riconoscimento al cittadino di uno strumento diretto di controllo obiettivo della legittimità delle procedure ad evidenza pubblica.

3. Il rito "superspeciale".

L'art. 204 d.lgs. n. 50 del 2016, recante "ricorsi giurisdizionali" non è un'attuazione del considerando 122 della direttiva 2014/24/UE.

Difatti, se il d.lgs. cit. fosse stata una pedissequa trasposizione della direttiva *de qua* non avrebbe dovuto contenere una disposizione relativa ai ricorsi giurisdizionali, ma prevedere un ricorso esperibile in via amministrativa da chiunque abbia interesse a far valere la legittimità dello

⁸⁰⁴ Che, come detto, non influiva sul tema del contenzioso ed, anzi, imponeva agli Stati membri di salvaguardare i principi dettati dalle direttive ricorsi. Lo scopo del considerando 122 consisteva nel consentire a tutti i soggetti di far valere le illegittimità delle procedure di gara dinanzi ad Autorità indipendenti, ma non dinanzi ad organi giurisdizionali.

⁸⁰⁵ M. LIPARI, *Il pre-contenzioso*, op. cit.

⁸⁰⁶ In questa sede cfr. B. MARCHETTI, *La tutela non giurisdizionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 423 ss.

svolgimento delle procedure di gara⁸⁰⁷. Pertanto, gli artt. 204-211 d.lgs. cit. non costituiscono un'attuazione della suddetta direttiva, ma degli specifici principi e criteri direttivi dettati in via autonoma dalla legge delega n. 11 del 2016, racchiusi nelle lettere aaa) e bbb)⁸⁰⁸.

Ebbene, la legge delega introduce rispetto al considerando n. 122 della direttiva 2014/24/UE profili di estraneità e il legislatore delegante offre al delegato un ampio spazio per innovare al tema del contenzioso e dei rimedi ad esso alternativi.

Tuttavia per comprendere appieno la *ratio* che anima le modifiche introdotte alle disposizioni in materia di contenzioso dal d.lgs. n. 50 del 2016 l'analisi della normativa non può esaurirsi in un raffronto tra il nuovo Codice e la legge delega, ma considerare anche altri tre parametri: quello costituzionale, comunitario (con particolare riguardo alle direttive ricorsi)⁸⁰⁹ ed internazionale (la CEDU). Difatti, le nuove disposizioni codicistiche sembrano privilegiare l'interesse che ha mosso la stazione appaltante a bandire la gara, piuttosto che l'interesse dei partecipanti all'aggiudicazione dell'appalto, ponendosi in contrasto con le direttive ricorsi, il cui obiettivo principale consisteva nell'assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale.

Difatti l'art. 204 d.lgs. cit. sembra segnare un ritorno al passato perché valorizza la funzione "pro-concorrenziale" delle regole di evidenza pubblica⁸¹⁰, insinuando il dubbio che la celerità nello svolgimento della fase contenziosa vada a discapito delle esigenze di giustizia⁸¹¹.

Quanto detto risulta evidente se si analizza il nuovo rito avverso i provvedimenti di ammissione ed esclusione dalla gara che, come si dirà a breve, ha dato adito a non pochi dubbi di legittimità costituzionale e comunitaria causando un fervido dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

Ebbene, il legislatore delegato in applicazione del dettagliato criterio stabilito dalla legge delega n. 11 del 2016 all'art. 1, lett. bbb)⁸¹², introduce, attraverso l'art. 204, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 50 del

⁸⁰⁷ Cfr. E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 875 ss.

⁸⁰⁸ Anche se, come accennato e come si chiarirà, la *ratio* del considerando 122 riecheggia nell'art. 204 d.lgs. cit., dal momento che si amplia la legittimazione ad agire e si tutela l'interesse alla legittimità delle procedure di gara, lasciando sullo sfondo la tutela dell'interesse del ricorrente, travisando il significato del considerando in esame che si riferiva all'utilizzo di strumenti non contenziosi, facendo salve le direttive ricorsi.

⁸⁰⁹ Per il parametro comunitario bisogna far riferimento anche alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Cfr. sull'argomento E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 876.

⁸¹⁰ Cfr. R. CAPONIGRO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, op. cit.

⁸¹¹ Avverte, infatti, E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 876 ss., di avere l'impressione "che le innovazioni non raggiungano quel necessario punto di equilibrio, mirando piuttosto ad ottenere una decisione come che sia, purché intervenga presto, nella prioritaria considerazione della tempestiva esecuzione dell'opera, prestazione ed erogazione del servizio, fornitura del prodotto, in una parola, per portare a compimento la scelta che ha condotto l'amministrazione a bandire la gara".

⁸¹² L'art. 1, lett. bbb) della legge delega n. 11 del 2016 imponeva al legislatore delegato di provvedere alla "revisione e razionalizzazione del rito abbreviato" per i giudizi di cui all'art. 119, comma 1, lettera a), c.p.a. "anche mediante l'introduzione di un rito speciale in camera di consiglio che consente l'immediata risoluzione del contenzioso relativo all'impugnazione dei provvedimenti di esclusione dalla gara o di ammissione alla gara per carenza dei requisiti di partecipazione; previsione della preclusione della contestazione di vizi attinenti alla fase di esclusione dalla gara o

2016, un nuovo rito “superspeciale” in materia di appalti pubblici, aggiungendo il comma 2-*bis* all’art. 120 c.p.a.; mentre con l’art. 204, co. 1, lett. d), d.lgs. cit., inserisce al suddetto art. 120 c.p.a. il comma 6-*bis*, con il quale fissa le regole del nuovo rito speciale.

Come osservato da attenta dottrina⁸¹³ dal punto di vista formale l’art. 204, co. 1, lett. b) e d), d.lgs. cit., agisce direttamente sull’art. 120 c.p.a. limitandosi ad aggiungere nuovi commi, piuttosto che introdurre nel c.p.a. una norma dedicata completamente alla disciplina del nuovo rito. Tuttavia, pur in assenza di una norma *ad hoc* dettata per il rito *de quo*, le significative differenze caratterizzanti il nuovo rito rispetto al processo speciale appalti *ex art.* 120 ss. c.p.a.⁸¹⁴ giustificano l’utilizzo della locuzione “superspeciale”⁸¹⁵ riservata al nuovo rito dal Consiglio di Stato nel parere n. 855 del 2016⁸¹⁶.

Dunque, si tratta di una specialità ulteriore rispetto al giudizio speciale disciplinato agli artt. 120 ss. c.p.a., che sembra non lasciare dubbi sull’introduzione di un terzo rito “superspeciale” che si va ad aggiungere al giudizio prescritto agli artt. 120 ss. c.p.a., nonché a quello previsto all’art. 125 c.p.a.⁸¹⁷, dettato per le controversie relative ad infrastrutture strategiche ed insediamenti produttivi⁸¹⁸.

Tanto premesso, occorre ora analizzare il neo-introdotta comma 2-*bis* dell’art. 120 c.p.a. chiarendone disciplina, ambito di applicazione e criticità a cui si espone.

Il comma in esame prevede l’onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione e di esclusione dalla procedura di gara “all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali”, entro il termine di 30 giorni, “decorrente dalla sua

ammissione alla gara nel successivo svolgimento della procedura di gara e in sede di impugnazione dei successivi provvedimenti di valutazione delle offerte e di aggiudicazione, provvisoria e definitiva”.

⁸¹³ M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e ‘precontenziosa’ nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, *op. cit.*, 14.

⁸¹⁴ Che, si ricorda, il processo *ex art.* 120 c.p.a. è definito speciale rispetto a quello abbreviato previsto all’art. 119 c.p.a.

⁸¹⁵ Chiarisce M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e ‘precontenziosa’ nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, *op. cit.*, 14, che il legislatore delegato ha scelto di non inserire una nuova disposizione nel c.p.a. dedicata al rito super-speciale, ma di immettere nel corpo dell’art. 120 c.p.a. “numerose modifiche particellari, disseminate nei vecchi e nuovi commi dell’articolo, attinenti alle successive fasi del giudizio, ma riguardanti solo queste particolarissime controversie”, per evitare “di ‘battezzare’ un ulteriore (ennesimo) rito speciale. Tuttavia, la portata delle differenze rispetto al processo descritto dall’art. 120 risultano significative e numerose, giustificando la conclusione secondo cui, in ultima analisi, ci troviamo al cospetto di un nuovo rito “super-speciale” (l’aggettivazione è utilizzata dal parere del Consiglio di Stato)”.

⁸¹⁶ Si tratta del parere reso sullo schema di decreto legislativo diventato il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016). Cfr. Cons. Stato, comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855.

⁸¹⁷ M.M. FRACANZANI, *Il rito abbreviato speciale comune a determinate materie e il rito abbreviato in materia di infrastrutture strategiche*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di G. PAOLO CIRILLO, 2017, 1201 ss.; N. PAOLANTONIO, *I riti in materia di infrastrutture e insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale, in materia di accesso e di silenzio*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2014, 519 ss.;

⁸¹⁸ E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, *op. cit.*, 883 ss., spiega che l’appellativo “super-speciale” deriva dall’ulteriore specialità che caratterizza il rito in esame rispetto a quello previsto agli artt. 120 ss. c.p.a. (che è pure speciale). Pertanto, non ci sono dubbi sull’introduzione di un terzo rito “super-speciale” che va ad aggiungersi al giudizio descritto agli artt. 120 ss. c.p.a., nonché a quello previsto all’art. 125 c.p.a. dettato per le controversie relative alle infrastrutture strategiche ed insediamenti produttivi.

pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. È altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività”.

Ebbene, l'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a. sancisce l'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione o di esclusione da una gara d'appalto nel breve termine di decadenza di trenta giorni decorrenti dalla pubblicazione degli atti medesimi sul profilo del committente della stazione appaltante. L'omessa impugnazione degli atti *de quibus* nel termine menzionato determina una preclusione processuale, vale a dire l'impossibilità di contestare gli atti successivi della procedura di gara, compreso il provvedimento di aggiudicazione, per vizi derivanti dalla fase delle ammissioni-esclusioni, anche con ricorso incidentale⁸¹⁹. In via esemplificativa, il legislatore impone al ricorrente di impugnare tempestivamente gli atti prodromici della procedura di gara, pena l'impossibilità di far valere i vizi relativi a tale *step* procedimentale in occasione dell'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione.

La *ratio* principale del comma 2-*bis* dell'art. 120 c.p.a., apprezzata dalla maggior parte dei commentatori⁸²⁰, consiste nella deflazione del contenzioso avverso i provvedimenti di aggiudicazione. Dunque, si anticipa la proposizione del ricorso ad una fase preliminare della

⁸¹⁹ Rileva Cons. Stato, ad. pl., 26 aprile 2018, n. 4 e, in senso analogo, Id., ad. pl., 11 maggio 2018, n. 6, che la “preclusione processuale” introdotta dall'art. 120, co. 2-*bis*, 6-*bis*, c.p.a., ha lo scopo di “neutralizzare per quanto possibile anche l'effetto ‘perverso’ del ricorso incidentale”, questione oggi ancora fortemente dibattuta tra Corte di Giustizia e Corti nazionali. Sulla praticabilità del ricorso incidentale all'interno della disciplina del rito superspeciale cfr. G. LA ROSA, *Il ricorso incidentale nel rito “super-speciale” di cui all'art. 120, commi 2 bis e 6 bis, c.p.a.*, in *Urb. e app.*, 2018, 175 ss.; P. DE BERARDINIS, *Rito ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a. e ricorso incidentale*, Intervento al Convegno su “L'art. 120, comma 2 bis, c.p.a.: luci ed ombre, verso una possibile riforma”, Venezia, 9 novembre 2018, e in www.giustizia-amministrativa.it, il quale si interroga sull'ammissibilità del ricorso incidentale nel rito “superspeciale” in materia di appalti pubblici e a cui si rinvia per i numerosi richiami dottrinali e giurisprudenziali sull'argomento.

⁸²⁰ Cfr. 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; M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e ‘precontenziosa’ nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, *op. cit.*, 15; G. VELTRI, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, in www.giustizia-amministrativa.it; R. COGLITORE, *Il modello di immediata contestabilità delle ammissioni tra esigenze antiformalistiche e profili di illegittimità costituzionale*, in www.diritto24.ilsole24ore.com, i quali ritengono che la *ratio* di deflazionare il contenzioso relativo alla fase dell'aggiudicazione è sicuramente apprezzabile. Difatti, l'introduzione nelle gare d'appalto dei principi della concorrenza, della *par condicio* nella competizione e, dunque, dei principi derivanti dall'ordinamento comunitario ha determinato una valorizzazione delle regole formali e questo eccessivo formalismo si è tradotto in “un'ipertrofia delle verifiche preliminari alla gara” con conseguente proliferare di “controversie, formalistiche e postume, sulla presenza *in limine* dei requisiti di gara e sulle mancate esclusioni”. Pertanto, si è avuto un aumento della proposizione di ricorsi principali ed incidentali escludenti, ove l'oggetto del contendere non era la “bontà (sostanziale dell'offerta)”, bensì “il titolo originario per la partecipazione alla gara”, *ergo*, “l'adeguatezza (formale) delle qualificazioni dei concorrenti”. Per queste ragioni il contenzioso in materia di appalti pubblici era prevalentemente retrospettivo, vale a dire “incentrato sulla fase prodromica dell'effettiva presenza dei titoli di partecipazione”. “Questa ipertrofia di un contenzioso sostanzialmente postumo ha generato un *collo di bottiglia* giurisdizionale per sovrappollamento rispetto alle risorse giudiziarie disponibili e in danno del restante ordinario contenzioso”.

procedura di gara e attraverso la previsione della predetta preclusione processuale si blinda la fase delle ammissioni-esclusioni da quella successiva in modo da evitare la diffusa prassi di contestare i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara in un momento in cui la stessa si sia già conclusa. Infatti, accadeva spesso che al termine di procedure lunghe e complesse si lamentasse la sussistenza di vizi che attenevano ai requisiti di partecipazione alla gara, in quanto era la struttura stessa del procedimento a differire la verifica dei requisiti *de quibus* dopo la fase di aggiudicazione. Tutto ciò era, tra l'altro, complicato dalla conseguente proposizione del ricorso incidentale del controinteressato aggiudicatario, teso, a sua volta, a contestare l'esistenza dei requisiti da parte del ricorrente. In tal modo, si correva il rischio di mettere frequentemente in discussione la fase di ammissione alla gara anche dopo la sua conclusione, cosicché le illegittimità della fase preliminare potevano inficiare anche gli *steps* successivi della procedura e, dunque, avere effetti negativi sull'esito della gara medesima.

La possibilità di contestare gli atti di ammissione-esclusione in qualsiasi fase della procedura di gara comportava un inevitabile allungamento dei tempi processuali⁸²¹ con conseguente *deficit* in termini di certezza giuridica, in quanto le imprese non potevano fare affidamento su regole certe. Ciò determinava anche una vertiginosa riduzione del numero di imprese disposte a partecipare alla gara d'appalto indette in Italia, con l'effetto paradossale che la valorizzazione del micro-mercato comportava un rallentamento dell'efficienza del macro-mercato⁸²². Era pertanto naturale che si avvertisse l'esigenza di deflazionare il contenzioso⁸²³.

Ebbene, se la finalità a cui tende la novità legislativa in esame è senz'altro condivisibile, ciò che ha scatenato le critiche mosse dalla maggior parte della dottrina⁸²⁴ è la modalità utilizzata per

⁸²¹ Non solo. Si dilatavano anche i tempi per realizzare l'appalto con conseguente blocco delle attività economiche.

⁸²² Cfr. in argomento 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)*, *op. cit.*

⁸²³ Si avverte che in dottrina si era già individuata l'immediata impugnabilità degli atti delle ammissioni ed esclusioni dalle gare come possibile rimedio ad uno sviluppo ipertrofico del contenzioso relativo alla fase prodromica delle procedure di gara, tuttavia prevedendo una diversa organizzazione del procedimento "che veda una fase dedicata alle ammissioni ed esclusioni di tutti partecipanti alla gara". Cfr. sul punto A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio all'economia e contrasto alla corruzione*, in www.giustizia-amministrativa.it; ID., *Giustizia amministrativa ed economia*, Relazione tenuta al 60° Convegno di Studi Amministrativi su "Diritto amministrativo ed economia: una sinergia per la competitività del Paese", Varenna, 18-19-20 settembre 2014; ID., *Giustizia amministrativa ed economia*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 993, ove l'Autore aggiunge "in questo modo l'eventuale contenzioso sull'aggiudicazione potrebbe essere depurato da tutte le questioni sui requisiti soggettivi, e dal conseguente rincorrersi di ricorsi principali o incidentali". Pertanto, "la doverosa, immediata impugnabilità delle esclusioni e delle ammissioni prima che venga conosciuto l'esito della gara, agirebbe come forte elemento disincentivante per la proposizione del ricorso, scoraggiando ricorsi opportunistici e limitando in modo significativo i rischi di duplicazione del contenzioso".

⁸²⁴ Cfr. fra gli altri C. CONTESSA, *Le forme di tutela nel nuovo Codice*, in *Gion. dir. amm.*, 2016, 520 ss.; M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in www.federalismi.it, 2016, 14 ss.; 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)*, *op. cit.*; E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, *op. cit.*, 886 ss.; G. VELTRI, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, *op. cit.*; M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e 'precontenziosa' nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, *op. cit.*, 16 ss.; L. PRESUTTI, *Il*

realizzare la suesposta esigenza, introducendo un rito foriero di ulteriori complicazioni e che si espone ai profili di criticità che ci si appresta ad illustrare.

Come si è accennato, sicuramente l'intento della riforma è quello di blindare la fase delle ammissioni-esclusioni assicurando la massima certezza relativamente agli operatori economici ammessi alla competizione, prima della fase di valutazione delle offerte, onde realizzare l'interesse generale alla speditezza delle procedure di gara⁸²⁵.

Tuttavia, tale scopo, che si traduce sul piano processuale nell'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione e di esclusione⁸²⁶, ha possibilità di realizzarsi solo qualora il procedimento amministrativo preveda una netta separazione tra le fasi della verifica dei requisiti di partecipazione e della valutazione delle offerte. In altri termini, il contenzioso potrebbe incentrarsi prevalentemente nella preliminare fase delle ammissioni-esclusioni solo ove ci fosse una precisa scansione del procedimento in tappe ben definite senza che vi sia una commistione, come spesso avviene, con la successiva fase della valutazione delle offerte o la possibilità di retrocedere ai passaggi precedenti della procedura di gara.

L'onere di impugnare immediatamente gli atti *de quibus* è mutuato dal processo elettorale *ex art.* 129 c.p.a.⁸²⁷, rispetto al quale vi sono, tuttavia, significative differenze: il procedimento elettorale

precontenzioso e il rito accelerato nelle procedure per l'affidamento di contratti pubblici, in *Urb. e app.*, 2017, 301 ss.; I. MARTELLA, *Le novità processuali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 659 ss.; F. FRANCONIERO, *Entra in scena il processo amministrativo super accelerato: commento all'art. 204 del nuovo Codice dei contratti pubblici (D. lgs. N. 50/2016)*, in www.italiappalti.it; L. BERTONAZZI, *Limiti applicativi del nuovo giudizio di cui all'art. 120, comma 2-bis, C.P.A. e sua compatibilità con la tutela cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 710 ss.; G. FERRARI, *Il nuovo rito appalti*, in *Il Libro dell'Anno del diritto 2017*, www.treccani.it; A. CAIFFA, *I ricorsi giurisdizionali*, in *I nuovi appalti pubblici*, a cura di M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI, Milano, 2017, 731 ss.

⁸²⁵ Si tratta di un interesse che, come sarà chiarito, è prevalente nell'economia delle novità legislative introdotte. Chiarisce 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)*, *op. cit.*, che è proprio per realizzare tale esigenza che si ricerca “una sicurezza giuridica immediata sulle figure dei protagonisti della gara”. Difatti, attraverso l'immediata contestabilità degli atti di ammissione-esclusione la riforma *de qua* “vuol perseguire una rapida quanto ultima certezza sulle titolazioni dei concorrenti, allo scopo di renderle poi inoppugnabili per tutta la gara e oltre. La formazione della platea dei concorrenti – cioè l'ammissione o l'esclusione dalla gara per carenza dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali – viene insomma elevata a esigenza speciale di certezza preventiva”. Si crea, dunque, un sottosistema processuale accelerato finalizzato a costituire rapidamente certezze giuridiche sui protagonisti della gara successivamente incontestabili, ossia, come ha evidenziato il Consiglio di Stato nel parere n. 855 del 2016 la riforma mira “a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione”.

⁸²⁶ Come rilevato dal Consiglio di Stato nel parere n. 855 del 2016 la novità legislativa crea una “struttura bifasica” nel contenzioso, vale a dire un sistema a duplice sequenza “disgiunto per fasi successive”. Chiarisce I. LAGROTTA, *Il rito «super accelerato» in materia di appalti tra profili di (in)compatibilità costituzionale e conformità alla normativa comunitaria*, in www.federalismi.it, 2018, 7, che la novella legislativa ha definito “un modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza, in cui il nuovo sottosistema accelerato viene disgiunto da quello successivo delle impugnazioni per altri vizi della procedura (es. vizi del bando; della composizione della commissione, per la quale, in accoglimento dei rilievi mossi dal Consiglio di Stato, continua dunque a trovare applicazione la regola secondo cui il relativo motivo va dedotto in sede d'impugnazione dell'aggiudicazione; della documentazione prodotta ma verificata dopo l'aggiudicazione, dell'offerta stessa), ovvero per i vizi relativi all'esito oggettivo della stessa”.

⁸²⁷ Per una disamina sul contenzioso elettorale cfr. F. VETRÒ, *I riti elettorali*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. COCCA, Torino, 2014, 530 ss.; E. ROMANO, *Il contenzioso elettorale*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di G. PAOLO CIRILLO, 2017, 1217 ss.;

è realmente suddiviso, al contrario del procedimento in materia di appalti, in fasi tra di loro cronologicamente e strutturalmente distinte; inoltre il rito elettorale prevede l'immediata impugnabilità dei soli atti di esclusione, limitando l'impugnazione degli atti di ammissione delle liste a casi particolari (possibile confusione tra i nomi dei candidati)⁸²⁸.

In definitiva, nel nuovo rito "superspeciale" l'onere *de quo* potrebbe raggiungere lo scopo di ridurre il contenzioso solo se si ristrutturasse il procedimento amministrativo in materia in modo da evitare sovrapposizioni tra le fasi di individuazione dei partecipanti alla gara e quella di valutazione delle offerte⁸²⁹.

Dunque, le difficoltà di corretto funzionamento del nuovo rito derivano più che dal meccanismo processuale dell'inoppugnabilità degli atti *de quibus*, decorso inutilmente il breve termine decadenziale di trenta giorni, dalla struttura del procedimento amministrativo che risulta, tra l'altro, ossequiosa dei vincoli indicati dal diritto europeo, sfavorevole alla netta distinzione tra le summenzionate fasi. Anzi, com'è stato osservato in dottrina⁸³⁰ "per molti aspetti, il diritto UE, sembra orientato proprio nel senso opposto, in piena coerenza con la finalità generale di non aggravare l'accesso ai mezzi di ricorso, ancorché le procedure di affidamento siano accelerate e semplificate".

Infatti l'art. 80, co. 6, d.lgs. n. 50 del 2016, recependo fedelmente il disposto dell'art. 57, co. 5, della direttiva 2014/24/UE, stabilisce che: "Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura". Ciò vuol dire che la fase delle ammissioni-esclusioni non si conclude con un provvedimento tombale che determina la fine definitiva della fase in questione, ma essa è potenzialmente aperta almeno sino all'aggiudicazione⁸³¹.

Ma vi è di più. Appare ingiustificata, nonché contrastante con la normativa comunitaria e nazionale di recepimento, la limitazione della tutela giurisdizionale imposta dall'art. 120, co. 2-bis, c.p.a., che non consente di far valere l'illegittimità derivata, pure con ricorso incidentale, degli atti costituenti l'epilogo della procedura di aggiudicazione ove non si fosse previamente provveduto ad impugnare nel breve termine decadenziale i provvedimenti di ammissione-esclusione.

Non sembra ragionevole imporre una tale limitazione processuale, in quanto la stazione appaltante conserva il potere-dovere di escludere le offerte inammissibili sino all'aggiudicazione, mentre l'operatore economico, che non abbia adempiuto all'onere *de quo*, perde la legittimazione a far

⁸²⁸ Cfr. M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e 'precontenziosa' nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, op. cit., 18 ss.; E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 886 ss.

⁸²⁹ Cfr. in argomento E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 886.

⁸³⁰ M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e 'precontenziosa' nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, op. cit., 16 ss.

⁸³¹ Cfr. G. VELTRI, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, op. cit.

valere le cause di esclusione dalla gara anche qualora “l’aggiudicazione sia avvenuta in contrasto con le regole imperative riguardanti i requisiti soggettivi degli operatori economici”⁸³².

Inoltre, in un’ottica sostanzialistica, propria del diritto europeo, l’art. 56, co. 2, della direttiva 2014/24/UE stabilisce la possibilità per le stazioni appaltanti di esaminare dapprima le offerte e poi verificare l’assenza di motivi di esclusione dalla gara. Ciò perché secondo il legislatore europeo occupa una posizione centrale il bene della vita a cui aspira l’operatore economico, *id est* il conseguimento dell’aggiudicazione, quindi, soprattutto nelle procedure di gara con una moltitudine di partecipanti, sarebbe più utile vagliare prima le offerte, onde verificare chi abbia una concreta *chance* di aggiudicarsi l’appalto, piuttosto che “dannarsi nella caccia all’errore, nel soccorso istruttorio, nel contenzioso”⁸³³ se poi l’ammesso non ha fatto anche la migliore offerta e non avrà, dunque, alcuna possibilità di vittoria.

E ancora, l’intervenuta inoppugnabilità degli atti di ammissione o di esclusione dalla gara non impedisce alla stazione appaltante di rimettere in discussione i requisiti di partecipazione in un momento successivo alla fase di ammissione attraverso l’esercizio del potere di autotutela che può essere anche sollecitato dall’operatore economico non aggiudicatario, il quale non abbia impugnato nei termini (trenta giorni) l’ammissione del concorrente poi divenuto aggiudicatario. In tal modo, il contenzioso sulla corretta spettanza dell’appalto non si limita alla sola fase della verifica dei requisiti di ammissione.

Inoltre, i tempi delle procedure di affidamento, nonché la durata delle diverse fasi o subfasi di cui esse si compongono, non sono omogenei o predeterminati. Infatti, nella prassi, vi possono essere sia procedure molto complesse e lunghe, che procedimenti ove la fase di ammissione e quella successiva di scelta del contraente avvengano ad una distanza molto ravvicinata ovvero, addirittura, si concludano contestualmente⁸³⁴.

In tal caso, non si può non dubitare dell’utilità di un giudizio che si concentra solo sulla fase delle ammissioni se a tale limitazione processuale non corrisponde un procedimento che rispetta una precisa scansione cronologica senza possibilità di sovrapposizione delle varie tappe. Tale fattispecie si complica qualora si tratti di procedure con un numero elevato di operatori economici ove la proliferazione di ricorsi avverso le ammissioni o esclusioni avrebbe l’effetto opposto di moltiplicare, piuttosto che ridurre, la mole di contenzioso⁸³⁵.

⁸³² M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e ‘precontenziosa’ nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, *op. cit.*, 16.

⁸³³ G. VELTRI, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, *op. cit.*

⁸³⁴ M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e ‘precontenziosa’ nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, *op. cit.*, 18 ss.

⁸³⁵ Cfr. fra gli altri F. TRAMONTANA, *Il rito degli appalti dopo le innovazioni introdotte dal Codice dei contratti pubblici*, in *Appalti e contratti*, 2017, 21 ss.; O. FORLENZA, *Uno speciale giudizio con termini stringenti e semplificazioni*, in *Guida dir. Dossier sugli appalti, ultimo appuntamento*, n. 29 del 9 luglio 2016, XXXII.

Ulteriore sintomo dell'assenza di una precisa delimitazione delle fasi o subfasi delle procedure di gara è fornito dall'art. 85 d.lgs. n. 50 del 2016 secondo cui, in un primo momento, i concorrenti possono presentare il documento di gara unico europeo (il D.G.U.E.), ossia un'autodichiarazione che, in sostituzione delle certificazioni, attesta l'assenza dei motivi di esclusione *ex art. 80 d.lgs. cit.*, il possesso dei requisiti di idoneità professionale, di capacità economica e finanziaria, di capacità tecniche e professionali, nonché dei criteri oggettivi fissati dalle stazione appaltanti. Tuttavia, la presentazione delle certificazioni spetterà a colui che si è aggiudicato l'appalto e al secondo graduato solo a seguito della fase di aggiudicazione. Dunque, la concreta verifica dell'esistenza dei requisiti di partecipazione avverrà addirittura dopo l'aggiudicazione.

Oltre alle criticità già esposte in ordine all'utilità di creare un rito *ad hoc* per alcune tipologie di provvedimenti appartenenti ad una determinata fase procedimentale, la frequente commistione o almeno non netta distinzione od inversione cronologica tra le fasi della verifica dei requisiti di partecipazione e della valutazione delle offerte impedisce che l'impugnativa *ex art. 120, co. 2-bis, c.p.a.* si concluda prima che intervenga il provvedimento di aggiudicazione. Spesso la contestuale decisione sulle ammissioni e sulla valutazione delle offerte determina la confluenza di questioni nello stesso ricorso.

In conclusione, da siffatte considerazioni non pare potersi revocare in dubbio l'inutilità di un apposito rito sulle ammissioni soprattutto nell'ottica della riduzione del contenzioso, nonché dell'eliminazione della frequente prassi dei ricorsi incidentali⁸³⁶.

3.1. Definizione dell'ambito oggettivo di applicazione del nuovo rito "superspeciale".

Ulteriore problema da chiarire è l'esatta delimitazione dell'ambito oggettivo applicativo del nuovo rito e, dunque, della corretta interpretazione della locuzione "provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico professionali". Tale espressione, utilizzata dall'art. 120, co. 2-bis, c.p.a., ricorreva anche negli artt. 29, co. 1, e 76, co. 3, d.lgs. n. 50 del 2016, prima che intervenisse il decreto legislativo correttivo del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56) a modificare il comma 1 dell'art. 29 d.lgs. cit. e ad abrogare il comma 3 dell'art. 76 d.lgs. n. 50 del 2016. Di tali modifiche si darà conto più diffusamente nel prosieguo della presente trattazione.

Dunque, l'utilizzo del termine "provvedimento" declinato al singolare, nonché l'avvertimento contenuto nel parere n. 855 del Consiglio di Stato secondo cui si tratta di un rito derogatorio,

⁸³⁶ E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, *op. cit.*, 887. Cfr., in senso analogo, F. TRAMONTANA, *Il rito degli appalti dopo le innovazioni introdotte dal Codice dei contratti pubblici*, *op. cit.*, 19 ss.

insuscettibile di interpretazioni estensive volte ad ampliarne il perimetro di applicazione, oggetto di ricorso *ex art. 120, co. 2-bis, c.p.a.* può essere soltanto il provvedimento di esclusione ed ammissione emanato all'esito della verifica dei requisiti soggettivi di partecipazione alla gara⁸³⁷.

Come opportunamente rilevato in dottrina, pur in assenza di una precisa disposizione sostanziale che ne chiarisca il significato, con il termine "provvedimento" si fa riferimento "all'atto unitario che dovrebbe concludere definitivamente la fase di ammissione e verifica dei requisiti di partecipazione dei concorrenti"⁸³⁸. Dunque, in coerenza con la *ratio* del rito *de quo* "volto a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione"⁸³⁹, con la locuzione in esame il legislatore ha voluto mettere in risalto l'autonomia della fase della verifica dei requisiti di partecipazione.

In altri termini, si è cercato di blindare la fase delle ammissioni-esclusioni rispetto alle tappe successive e si è utilizzato l'espressione "provvedimento" per rafforzare l'autonomia della fase *de qua* e legittimare la creazione di un rito *ad hoc* teso a contestare l'atto conclusivo della tappa medesima avente, ora, valenza provvedimentale e non carattere endoprocedimentale. Tuttavia, l'apprezzabile coerenza giuridica utilizzata dal legislatore delegato non elimina le considerazioni critiche espresse nel paragrafo precedente in merito alla sua utilità soprattutto in un'ottica deflattiva del contenzioso.

Dunque, il provvedimento di ammissione od esclusione oggetto del nuovo rito è soltanto quello emanato a seguito della valutazione dei requisiti soggettivi di partecipazione, pertanto non rientrano nel suo ambito di applicazione altri profili che possano condurre all'ammissione o all'esclusione.

⁸³⁷ Chiarisce M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e 'precontenziosa' nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, *op. cit.*, 23, che il nuovo rito non si applica indistintamente a "tutti gli atti di esclusione e di ammissione", ma solo al provvedimento di ammissione-esclusione adottato a seguito della verifica dei requisiti soggettivi di partecipazione alla gara. A testimonianza della natura eccezionale e derogatoria del rito *de quo*, insuscettibile di interpretazione estensiva, l'Autore rileva che correttamente il legislatore delegato, recependo il suggerimento proposto dal parere n. 855 del Consiglio di Stato, ha eliminato l'originario riferimento all'impugnazione della composizione della commissione di gara. Aggiunge Lipari che tale espunzione è coerente con "la *ratio* del nuovo rito, volto a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione". Cfr., in senso analogo, E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, *op. cit.*, 887 ss. Tale impostazione è stata da ultimo confermata da Cons. Stato, ad. pl., 26 aprile 2018, n. 4, la quale nell'escludere la nozione evolutiva di interesse a ricorrere prospettata dall'ordinanza di rimessione si conforma all'orientamento tradizionale che prevede un onere immediato di impugnazione solo per le caluse escludenti, ravvisandovi, solo in questo caso, la concretezza e l'attualità dell'interesse a ricorrere. Aggiunge la plenaria che a nulla varrebbe obiettare che il nuovo rito superspeciale abbia scardinato le caratteristiche tradizionali dell'interesse a ricorrere, trattandosi di un rito derogatorio e, dunque, insuscettibile di interpretazione estensiva. Cfr. sul punto A. BERTI SUMAN, *L'immediata impugnazione delle clausole del bando di gara e il ruolo dell'interesse strumentale nel (nuovo) contenzioso appalti. A margine della Adunanza Plenaria n. 4/2018*, in www.sipotra.it, 2018, 1 ss.; G. LO SAPIO, *Rito superaccelerato e tecniche di "giuridificazione" degli interessi*, in *Urb. e app.*, 2018, 507 ss. Pertanto, l'ambito di applicazione del rito "superspeciale" è limitato ai provvedimenti di ammissione-esclusione adottati all'esito della verifica dei requisiti soggettivi di partecipazione alla gara d'appalto. Cfr. in argomento M.A. SANDULLI, *Rito speciale in materia di contratti pubblici*, in www.lamministrativista.it

⁸³⁸ M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e 'precontenziosa' nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, *op. cit.*, 24. Cfr., in senso analogo, M. COLAPINTO, *Il nuovo codice degli appalti tra conferme e novità: le modifiche processuali*, in www.italiappalti.it

⁸³⁹ Cons. Stato, comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855.

Si pensi, ad esempio, alle ammissioni o esclusioni relative alla regolarità ed al contenuto delle offerte tecniche od economiche, alle possibili anomalie delle offerte, nonché ai motivi di esclusione *ex artt. 80 e 91 d.lgs. n. 50 del 2016*⁸⁴⁰.

Parte della dottrina⁸⁴¹ esprime delle riserve riguardo alla limitazione dell'applicazione del rito *de quo* solo ad alcune tipologie di atti di ammissione od esclusione, in quanto potrebbero insorgere difficoltà in relazione al se e quando ci si trovi di fronte ad un provvedimento di ammissione-esclusione impugnabile *ex art. 120, co. 2-bis, c.p.a.* e, conseguentemente, aversi incertezze relativamente al profilo applicativo.

Inoltre, ci si è chiesti se gli atti di autotutela⁸⁴² incidenti sui provvedimenti di ammissione-esclusione rientrino nell'ambito di applicazione del terzo rito speciale. Sul punto la dottrina si è divisa tra chi⁸⁴³, prediligendo un'interpretazione "prudente", ritiene che una volta conclusa la fase delle ammissioni-esclusioni cessi anche l'operatività del rito "superspeciale" e tutti gli atti successivi siano attratti nell'orbita del rito speciale *ex art. 120 c.p.a.*; mentre vi è chi⁸⁴⁴, in ossequio al principio del *contrarius actus*, ritiene che anche i provvedimenti di secondo grado rientrino nell'ambito applicativo del terzo rito speciale.

A sostegno della prima tesi esposta si osserva che la disciplina del rito *ex art. 120, co. 2-bis, c.p.a.* è, per stessa ammissione del parere n. 855 del Consiglio di Stato, derogatoria ed insuscettibile di un'interpretazione estensiva che oltrepassi i limiti applicativi della norma; inoltre "la regola del *contrarius actus* attiene al procedimento amministrativo che deve seguire il provvedimento di secondo grado, non alla tutela giurisdizionale avverso il provvedimento che appartiene ad altro livello e non interviene su un precedente atto"⁸⁴⁵.

Di poi, la dottrina aderente a tale orientamento⁸⁴⁶ osserva che non rientrando nell'ambito di applicazione del terzo rito speciale tutti gli atti di ammissione od esclusione successivi alla fase di verifica dei requisiti soggettivi di partecipazione non si elimina il problema del proliferare dei ricorsi incidentali.

⁸⁴⁰ E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, *op. cit.*, 888.

⁸⁴¹ M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e 'precontenziosa' nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, *op. cit.*, 25 ss.

⁸⁴² Sul tema cfr., in generale, F. BENVENUTI, *Autotutela (Dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959. Per una trattazione attuale del tema dell'autotutela a seguito delle modifiche intervenute di recente cfr. R. CAPONIGRO, *Il potere amministrativo di autotutela*, Relazione svolta al Convegno su "Il 'codice' dell'azione amministrativa alla luce della l. 124 del 2015 e della sua (prima) attuazione", 12 giugno 2017, Roma.

⁸⁴³ E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, *op. cit.*, 888 ss.

⁸⁴⁴ M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e 'precontenziosa' nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, *op. cit.*, 26.

⁸⁴⁵ E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, *op. cit.*, 888.

⁸⁴⁶ Cfr. ancora E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, *op. loc. cit.*

Inoltre, il rito “superspeciale” non sembra produrre un notevole impatto sul sistema né avere una concreta utilità in un’ottica deflattiva del contenzioso, in quanto esso avrà ad oggetto, prevalentemente, la mancata corrispondenza delle autodichiarazioni presentate dai concorrenti a quelle previste dal D.G.U.E., nonché l’omessa regolarizzazione della predetta documentazione a seguito dell’esercizio del potere-dovere di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante. È evidente che il contenzioso rilevante riguarda la lite insorta, dopo la fase dell’aggiudicazione, tra il concorrente risultato vittorioso e il secondo graduato e non quello oggetto del nuovo rito “superspeciale”.

3.2. (Segue) Le peculiari caratteristiche dell’interesse a ricorrere nell’ipotesi di impugnazione del provvedimento di ammissione.

L’art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a., dopo aver sancito l’onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione od esclusione, afferma: “È altresì inammissibile l’impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività”.

Nell’ultimo periodo la disposizione ribadisce l’orientamento giurisprudenziale prevalente secondo cui gli atti endoprocedimentali non sono autonomamente impugnabili, in quanto non immediatamente lesivi. Tuttavia, innova rispetto all’orientamento della giurisprudenza maggioritaria⁸⁴⁷ che ammetteva, seppure in termini di facoltatività, di impugnare l’aggiudicazione provvisoria⁸⁴⁸, salvo l’onere di proporre motivi aggiunti avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

In altri termini, la “proposta di aggiudicazione” viene parificata ad un atto endoprocedimentale, non immediatamente lesivo e, dunque, non autonomamente impugnabile.

Dalla formulazione della norma *de qua* e in base ai requisiti dell’interesse a ricorrere si deduce che l’onere di impugnare immediatamente i provvedimenti di ammissione-esclusione presuppone la loro immediata lesività. Più specificatamente, la norma afferma a chiare lettere la non impugnabilità dell’aggiudicazione provvisoria e di tutti gli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività. *A contrario*, la previsione dell’onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione-esclusione implica la loro non ascrivibilità nella categoria degli atti endoprocedimentali non immediatamente lesivi, *ergo* sono lesivi e, di conseguenza,

⁸⁴⁷ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 17 febbraio 2016, n. 631.

⁸⁴⁸ Il d.lgs. n. 50 del 2016 ha sostituito il termine “aggiudicazione provvisoria” con “proposta di aggiudicazione” e “provvedimento di aggiudicazione definitiva” con “provvedimento di aggiudicazione”. Tuttavia, al di là della differente terminologia utilizzata si tratta di un cambiamento formale, ma non sostanziale. Cfr. sul punto l’art. 32 d.lgs. cit.

immediatamente ed autonomamente impugnabili⁸⁴⁹. Com'è noto, costituisce condizione per l'ammissibilità dell'azione non solo l'essere titolare della situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo o di diritto soggettivo che si assume essere stata lesa⁸⁵⁰, ma, ai sensi dell'art.

⁸⁴⁹ Tale posizione è stata in giurisprudenza sposata da Tar Molise, sez. I, 4 ottobre 2017, n. 332, secondo cui non si può affermare la mancanza dei requisiti di attualità e concretezza dell'interesse a ricorrere nel caso di impugnazione del provvedimento di ammissione, in quanto presupposto di applicazione del rito è proprio la diretta lesività anche del provvedimento di ammissione. Difatti, il legislatore con l'art. 120, co. 2-bis, c.p.a., ha inteso derogare alla disciplina generale sull'interesse a ricorrere avverso gli atti delle procedure di gara e alla consolidata giurisprudenza che considerava il provvedimento di ammissione come un atto endoprocedimentale non immediatamente lesivo e, dunque, non immediatamente ed autonomamente impugnabile. "La *"celerità"* del rito superaccelerato sarebbe data, quindi, non tanto dall'onere d'impugnazione del provvedimento nel termine previsto dalla norma, quanto dalla sua lesività (nonché dalla snellezza del relativo giudizio, così come disciplinato dall'art. 120, comma 6 bis, c.p.a.). In questo starebbe il *proprium* del nuovo istituto ed è questo l'aspetto che ne renderebbe legittima la disciplina". Cfr. sul punto M. VIOLA, *Alla Corte di Giustizia l'onere di immediata impugnazione previsto dall'art. 120, co. 2 bis, C.p.a.*, in www.italiappalti.it

⁸⁵⁰ Vale a dire la legittimazione ad agire. Come spiega E. FOLLIERI, *I presupposti e le condizioni dell'azione*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, VI ed., Torino, 2014, 287 ss., sono condizioni dell'azione la legittimazione ad agire e l'interesse al ricorso, ove la prima "individua il soggetto cui spetta il diritto di azione ed il soggetto nei cui confronti va esercitata l'azione. La legittimazione ad agire, pur riguardando un profilo processuale, è ancorata alla situazione giuridica soggettiva sostanziale che si fa valere ed a chi ha inferito la lesione, perché dal rapporto sostanziale tra chi assume di aver subito la lesione della situazione giuridica sostanziale e chi ha provocato tale lesione si individua colui che ha il diritto di azione e colui nei cui confronti va esercitato". Il soggetto legittimato ad agire è normalmente colui che afferma di aver subito una lesione della situazione giuridica soggettiva di cui è titolare. Cfr. in senso analogo A.M. SANDULLI, *Il ricorso innanzi al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, 1963, 210 ss. *Contra* L.R. PERFETTI, *Legittimazione e interesse a ricorrere nel processo amministrativo: il problema delle pretese partecipative*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 688 ss., il quale sostiene che la legittimazione ad agire e l'interesse a ricorrere non siano condizioni dell'azione, ma sono entrambe assorbite nella struttura del diritto di azione. Inoltre avverte l'Autore che i concetti di legittimazione processuale e interesse a ricorrere sono spesso stati confusi in dottrina. Si pensi, ad esempio, agli autorevoli saggi di A. AZZENA, *Interesse a ricorrere e obbligo di impugnativa dei provvedimenti in itinere*, in *Foro. amm.*, 1961, 1064 ss.; P. DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione a ricorrere*, Torino, 1996; R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 471 ss. In giurisprudenza, invece, suddivide nettamente e correttamente i due concetti Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2008, n. 2546. Sul punto è interessante riportare la distinzione tra presupposti processuali e condizioni dell'azione affrontata, in maniera analitica ed approfondita, da G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di giustizia amministrativa, op. cit.*, 170 ss., il quale chiarisce che per presentare ricorso al g.a. è necessario "che sussistano determinati requisiti (oggettivi e soggettivi), alcuni di carattere strettamente processuale, i codd. *presupposti* dell'azione, altri di carattere sostanziale, le codd. *condizioni* dell'azione". Sia i presupposti processuali che le condizioni dell'azione stanno "prima della decisione nel merito", tuttavia, mentre i primi "sono disciplinati dalle norme processuali e il loro difetto consente di riproporre l'azione"; le seconde "sono regolamentate dalle norme sostanziali riguardanti la pretesa, per cui, se non ci sono, si consuma anche l'azione che non è riproponibile, ancorché il giudice non abbia emesso una decisione sul merito". Ebbene, come ha cura di precisare E. FOLLIERI, *I presupposti e le condizioni dell'azione, op. cit.*, 287 ss., i presupposti processuali riguardano: "la giurisdizione e la competenza, la capacità ad essere parte e la capacità processuale. Le condizioni dell'azione: la legittimazione ad agire e l'interesse al ricorso; gli atti impugnabili; il silenzio". Continua Clemente di San Luca specificando che se i presupposti dell'azione "attengono alla 'ricevibilità' ed alla 'procedibilità' del ricorso, e cioè ai requisiti relativi all'instaurazione del rapporto processuale"; le condizioni dell'azione "attengono alla 'ammissibilità' del ricorso, e cioè i requisiti relativi alla pretesa sostanziale". Dopo aver spiegato in cosa si estrinsecano, rispettivamente, i presupposti di ricevibilità (tra i quali rientrano la legittimazione all'impugnazione e l'interesse all'impugnazione) e di procedibilità del ricorso (tra cui si ricorda l'assenza di cause che facciano venir meno la legittimazione o l'interesse ad agire), l'Autore chiarisce che rientrano nella categoria dei presupposti di ammissibilità del ricorso, ossia nella categoria delle condizioni dell'azione: "la sussistenza della legittimazione alla decisione, la quale deriva tanto dall'interesse sostanziale giuridicamente protetto in capo al ricorrente, quanto dal pregiudizio che il provvedimento impugnato arreca a tale interesse", (la legittimazione alla decisione costituisce una componente fondamentale della legittimazione ad agire); "la sussistenza dell'interesse alla decisione, il quale consiste nel vantaggio che il ricorrente ricaverebbe da una decisione che accolga il ricorso" ('interesse alla decisione' che costituisce l'altra, imprescindibile, 'componente' dell'interesse ad agire); "la insussistenza di «altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito» (art. 35, co. 1, lett. b)". In definitiva, per poter proporre ricorso al g.a. il ricorrente deve essere titolare sia della legittimazione ad agire che dell'interesse ad agire, o anche definito interesse a ricorrere. Entrambi costituiscono condizioni dell'azione che devono persistere per tutta la

100 c.p.c.⁸⁵¹, applicabile al processo amministrativo per il rinvio *ex art.* 39 c.p.a., anche la sussistenza dell'interesse ad agire (o a ricorrere che dir si voglia)⁸⁵², che consiste “nella concreta possibilità di perseguire un bene della vita, anche di natura morale o residuale, attraverso il processo, in corrispondenza ad una lesione diretta ed attuale dell'interesse protetto”⁸⁵³.

In altri termini, l'interesse a ricorrere postula che dall'atto oggetto di impugnazione derivi una lesione effettiva e concreta alla sfera giuridica del ricorrente e l'utilità derivante dall'accoglimento del ricorso deve essere concreta, ossia l'eventuale sentenza favorevole deve comportare un risultato obiettivamente utile al ricorrente⁸⁵⁴.

durata del processo onde consentire al g.a. di decidere il merito della domanda. Dunque, come chiarito da E. FOLLIERI, *I presupposti e le condizioni dell'azione*, *op. cit.*, 287 ss., seppure nelle decisioni giurisprudenziali spesso i due concetti vengono confusi, si tratta di due profili differenti: “la legittimazione ad agire individua il soggetto cui spetta il diritto di azione ed il soggetto nei cui confronti va esercitata l'azione. La legittimazione, pur riguardando un profilo processuale, è ancorata alla situazione giuridica soggettiva sostanziale che si fa valere ed a chi ha inferito la lesione, perché dal rapporto sostanziale tra chi assume di aver subito la lesione della situazione giuridica sostanziale e chi ha provocato tale lesione si individua colui che ha il diritto di azione e colui nei cui confronti va esercitato. Il soggetto legittimato ad agire coincide normalmente con il titolare della situazione giuridica sostanziale, ma vanno considerate le ipotesi in cui è possibile far valere in giudizio un rapporto intercorrente tra altre persone (azione di surrogazione *ex art.* 2900 c.c.), per cui non può procedersi alla totale assimilazione tra legittimazione attiva e titolarità della situazione giuridica sostanziale”. Ebbene, la legittimazione ad agire, a parere di G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, *op. cit.*, 178 ss., “che è data dalla titolarità di una situazione giuridica soggettiva qualificata che si assume lesa dall'azione della P.A., è ‘composta’ tanto dalla ‘legittimazione alla impugnazione’ (presupposto di ricevibilità, che sta ad indicare la capacità di compiere atti processuali), quanto alla ‘legittimazione alla decisione’ (condizione dell'azione, che sta ad indicare, insieme, l'interesse sostanziale giuridicamente protetto in capo al ricorrente, ed il pregiudizio che l'azione della P.A. arreca a tale interesse)”. Anche l'interesse a ricorrere si compone di due elementi: “l'interesse alla impugnazione (presupposto di ricevibilità), consistente nel fatto che il ricorrente assuma di essere stato lesa in una situazione soggettiva qualificata”, come l'interesse legittimo ed il diritto soggettivo, e l'interesse alla decisione (condizione dell'azione), “consistente nel fatto che il ricorrente possa ricavare un risultato vantaggioso dalla decisione che dovesse accogliere le sue doglianze, ossia che possa ricevere una concreta utilità dalla decisione di accoglimento del ricorso”. Per ulteriori dettagli sull'interesse a ricorrere cfr. le note successive, spec. nota 853.

⁸⁵¹ L'art. 100 c.p.c. disciplina l'interesse ad agire, secondo cui “per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse”.

⁸⁵² Sull'interesse a ricorrere nel processo amministrativo cfr. B. SPAMPINATO, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2004.

⁸⁵³ Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2015, n. 994. Chiarisce E. FOLLIERI, *I presupposti e le condizioni dell'azione*, *op. cit.*, 289, che l'interesse a ricorrere “è l'utilità concreta, anche solo di carattere morale che la sentenza favorevole può recare alla situazione giuridica soggettiva di cui si affermi la lesione”. Cfr. in senso analogo Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2002, n. 1371, secondo cui l'interesse a ricorrere è inteso “non come idoneità astratta dell'azione a realizzare il risultato perseguito ma, più specificamente, come interesse proprio del ricorrente al conseguimento di un'utilità o di un vantaggio (materiale o, in certi casi, morale) attraverso il processo amministrativo; vale a dire, nell'ottica di un processo amministrativo di stampo impugnatorio originato dal varo di una determinazione lesiva di interessi legittimi, la sussistenza di un interesse all'eliminazione del provvedimento oggetto d'impugnazione”.

⁸⁵⁴ Chiarisce Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2002, n. 1371, che a parere della dottrina e della giurisprudenza dominante “l'interesse al ricorso è qualificato da un duplice ordine di fattori: a) la lesione, effettiva e concreta, che il provvedimento che si vuole impugnare, e alla cui caducazione si è quindi interessati, arreca alla sfera patrimoniale, o anche semplicemente morale, del ricorrente; b) il vantaggio, anche solo potenziale, che il ricorrente si ripromette di ottenere dall'annullamento del provvedimento impugnato”. In senso analogo si esprime P.M. VIPIANA, *Le condizioni dell'azione nel processo amministrativo*, *op. cit.*, 162 ss., secondo cui l'interesse a ricorrere si estrinseca in due componenti “su cui verte quello che in dottrina è stato definito giudizio di utilità che deve essere svolto da parte del giudice: a) da un lato, la lesione concreta e attuale dell'interesse sostanziale protetto dall'ordinamento; b) dall'altro lato l'utilità ricavabile dall'accoglimento del ricorso, che può essere materiale o, in certi casi, morale”. Il ricorso è inammissibile per carenza di interesse qualora l'annullamento dell'atto illegittimo non arrechi alcun vantaggio all'interesse sostanziale del ricorrente.

Ebbene, l'interesse al ricorso è una condizione di ammissibilità dell'azione nell'ambito della giurisdizione di carattere soggettivo, ove il processo è deputato a tutelare le situazioni giuridiche soggettive.

Si tratta, anzi, di un elemento necessario in un processo di giurisdizione soggettiva “perché riconosce l'azione e ne consente il promuovimento soltanto a colui che ne ha interesse, che ritrae, cioè, una concreta utilità dalla sentenza favorevole”⁸⁵⁵.

Al contrario, in un processo di giurisdizione oggettiva l'interesse al ricorso non dovrebbe essere considerato condizione di ammissibilità del diritto di azione⁸⁵⁶.

Per sussistere l'interesse a ricorrere, oltre ad essere caratterizzato nel senso appena esposto, la lesione causata dal provvedimento impugnato alla situazione giuridica soggettiva di cui il ricorrente è titolare deve essere personale, concreta (o diretta) ed attuale⁸⁵⁷.

La lesione è personale se il vantaggio derivante dall'impugnazione interessa specificatamente e direttamente il ricorrente; attuale qualora la lesione sussista al momento della proposizione del ricorso e non sia eventuale o potenziale⁸⁵⁸; concreta qualora il pregiudizio sia effettivamente avvenuto ai danni del ricorrente⁸⁵⁹.

Dunque, in materia di appalti pubblici l'interesse a ricorrere consiste non nell'astratta legittimità dell'azione amministrativa⁸⁶⁰, bensì nella concreta possibilità di conseguire l'aggiudicazione, che rappresenta il bene della vita a cui il concorrente aspira⁸⁶¹.

⁸⁵⁵ E. FOLLIERI, *I presupposti e le condizioni dell'azione*, op. cit., 289-290, il quale continua affermando che, in tal caso, “l'azione è data per la tutela della situazione giuridica soggettiva e solo se la decisione favorevole può recare una obiettiva utilità il ricorso è ammissibile”. Dunque, “l'interesse al ricorso è una nozione che pone in relazione due profili: utilità della sentenza favorevole e lesione dell'interesse sostanziale”.

⁸⁵⁶ Cfr. sul punto E. GUICCIARDI, *Interesse personale, diretto, attuale*, in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, 84 ss.

⁸⁵⁷ Cfr., fra gli altri, R. VILLATA, *Interesse ad agire (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989, parr. 2 e 3.; S. DE PAOLIS, *Le condizioni dell'azione davanti al giudice amministrativo*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2013, 323 ss. Chiarisce 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)*, op. cit., che “il bisogno di tutela giurisdizionale indispensabile per rimuovere un atto lesivo, dev'essere concreto e attuale, non teorico o generico”. Cfr. in giurisprudenza Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2011, n. 5927; Id., 22 novembre 2011, n. 6151; Id., 7 febbraio 2012, n. 641.

⁸⁵⁸ Chiarisce E. FOLLIERI, *I presupposti e le condizioni dell'azione*, op. cit., 291, che l'attualità della lesione presuppone che la lesione dell'interesse: “a) sia già avvenuta; b) non richieda l'emanazione di provvedimenti successivi, pur annunciati; c) non dipenda da avvenimenti futuri ed incerti; d) venga “riparata” dalla sentenza; e) sussista al momento della decisione”.

⁸⁵⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2002, n. 1371. Cfr., in senso analogo, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 197 ss.

⁸⁶⁰ Cfr. sul punto Cons. Stato, ad. pl., 3 febbraio 2014, n. 8, secondo cui: “l'utilità o bene della vita cui aspira il ricorrente – in una giurisdizione che si caratterizza di diritto soggettivo e non oggettivo, e cioè di mera tutela della legalità dell'azione amministrativa – deve porsi in rapporto di prossimità, regolarità ed immediatezza causale rispetto alla domanda di annullamento proposta e non restare subordinata da eventi, solo potenziali ed incerti, dal cui verificarsi potrebbe scaturire il vantaggio cui mira il contenzioso introdotto”. In senso analogo cfr. Id., sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4871.

⁸⁶¹ Oppure, com'è stato rilevato *supra* Capitolo III, anche l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara per avere una *chance* di vincerla. Dunque, si tratta di un interesse che mira ad ottenere non in via diretta il bene della vita anelato dal partecipante alla gara, *id est* l'aggiudicazione dell'appalto, ma almeno il riesercizio del potere da parte della stazione

In altri termini, nelle procedure di affidamento normalmente l'interesse a ricorrere si atteggia ad interesse "pieno", ossia che mira alla piena soddisfazione dell'interesse al bene della vita che sottende la situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo pretensivo di cui il ricorrente è titolare; ovvero ad interesse strumentale alla ripetizione della gara per avere una *chance* di vincerla⁸⁶².

Applicando le suesposte coordinate interpretative al nuovo rito *ex art.* 120, co. 2-*bis*, c.p.a., appare condivisibile la scelta del legislatore di prevedere l'onere di immediata impugnazione degli atti di esclusione dalla gara, in quanto l'esclusione è lesiva dell'interesse del concorrente a divenire aggiudicatario. Difatti, a seguito dell'esclusione il partecipante non potrà mai più ottenere il bene della vita a cui aspira, poiché gli sarà precluso di proseguire nella gara per avere una *chance* di vincerla. Pertanto, attraverso l'impugnazione del provvedimento di esclusione, nonché il possibile intervento della misura cautelare normalmente domandata, il concorrente escluso potrà essere riammesso a partecipare alla gara, in modo da poter, eventualmente, avere anche la possibilità di diventare aggiudicatario dell'appalto. In tal caso, sussiste un interesse a ricorrere che soddisfa i parametri della attualità, concretezza e personalità, in quanto la lesione arrecata alla situazione giuridica soggettiva del ricorrente è effettiva e l'eventuale sentenza favorevole apporterebbe un'utilità concreta al ricorrente⁸⁶³.

In conclusione, il provvedimento di esclusione, tornando al discorso iniziato in precedenza, è immediatamente lesivo, *ergo*, immediatamente ed autonomamente impugnabile⁸⁶⁴.

Al contrario, non sembra accettabile, nonché non in linea con le caratteristiche dell'interesse a ricorrere di cui si è detto, la previsione dell'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione, per le ragioni che si passa ad esporre.

appaltante per cercare di avere una *chance* di aggiudicazione. Afferma P.M. VIPIANA, *Usi ed abusi giurisprudenziali in materia di interesse strumentale a ricorrere*, in *Foro amm.*, 1987, 2917, che l'interesse strumentale a ricorrere consiste "nell'utilità derivante dall'annullamento di un atto lesivo e dalla conseguente rinnovazione della procedura sostanziale quale momento prodromico per conseguire un vantaggio concreto".

⁸⁶² Cfr. sul punto G. CUMIN, *Rito "superaccelerato", esecuzione anticipata e frammentazione dell'interesse a ricorrere*, in *Urb. e app.*, 2017, 642 ss. Che attualmente il ricorrente nelle controversie in materia di appalti pubblici possa far valere sia un interesse finale all'aggiudicazione dell'appalto che, alternativamente, l'interesse strumentale all'annullamento della gara e alla sua rinnovazione è un dato acquisito in dottrina e in giurisprudenza (per cui cfr. Cons. Stato, ad. pl., 7 aprile 2011, n. 4). Occorre tuttavia precisare che all'iniziale apertura verso il riconoscimento dell'interesse strumentale a ricorrere nella giurisprudenza degli anni 70' del secolo scorso segue una famosa pronuncia del Consiglio di Stato del 1986 (Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 23 gennaio 1986, n. 57, con nota critica di P.M. VIPIANA, *In margine ad un recente orientamento del Consiglio di Stato sul cosiddetto interesse strumentale a ricorrere*, *op. cit.*, 107 ss., che offre ampi spunti sull'argomento passando in rassegna e classificando i vari indirizzi dottrinali e giurisprudenziali), che segna una battuta d'arresto nel percorso evolutivo menzionato. Fortunatamente, già dalle pronunce successive torna *in auge* l'interesse strumentale a ricorrere che nella materia degli appalti pubblici corrisponde all'interesse al rinnovo delle operazioni di gara per avere una *chance* di vincerla. Cfr. sul punto ID., *Le condizioni dell'azione nel processo amministrativo*, *op. cit.*, 165 ss.

⁸⁶³ Difatti, la giurisprudenza maggioritaria ammette l'impugnazione immediata dell'atto di esclusione che non sembra, pertanto, costituire oggetto di particolari discussioni. Cfr. sul punto Cons. Stato, sez. VI, 19 ottobre 2012, n. 5389; Id., sez. V, 4 marzo 2011, n. 1398.

⁸⁶⁴ Cfr. M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, *op. cit.*, 2 ss.

Da un punto di vista pratico il problema si porrebbe soprattutto nelle procedure di gara ove vi siano una moltitudine di partecipanti: imporre l'onere di impugnare immediatamente gli atti di ammissione risulterebbe troppo gravoso, in quanto costringerebbe gli operatori economici ad impugnare molti provvedimenti.

Ciò andrebbe a svantaggio soprattutto delle piccole o medie imprese, costrette a costi insostenibili, soprattutto qualora decidano di partecipare a più gare d'appalto per riuscire ad aggiudicarsi una commessa pubblica, in quanto dovrebbero "dare la caccia a tutte le ammissioni potenzialmente lesive dei loro interessi"⁸⁶⁵.

A ciò si aggiunga il costo del contributo unificato, che già molto alto, aumenterebbe notevolmente nel caso in cui lo si dovesse nuovamente versare qualora si impugni, successivamente, l'atto di aggiudicazione⁸⁶⁶.

⁸⁶⁵ M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, op. cit., 15, la quale aggiunge che in tal modo il "contenzioso diminuirà perché a queste condizioni i piccoli e medi imprenditori non saranno più in condizioni di attivarlo. Ma possiamo allora sostenere di essere in uno Stato di diritto? Possiamo continuare ad affermare che crediamo nelle pmi e vogliamo offrire maggiori garanzie agli operatori economici se di fatto impediamo loro di reagire contro le ammissioni illegittime di altri concorrenti?". Cfr. in senso analogo E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 889 ss.; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, op. cit., 541; M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e 'precontenziosa' nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, op. cit., 15; C. CONTESSA, *Commento all'art. 204, in Codice degli appalti e delle concessioni. Il Dlgs 50/2016 commentato articolo per articolo*, op. cit., 637.

⁸⁶⁶ Cfr. in argomento E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 889, il quale ricorda che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, "pur avendo ritenuto che non contrasti con il diritto dell'UE la previsione di tributi giudiziari multipli, ha rimesso alla valutazione del giudice nazionale la possibilità di dispensare dall'obbligo di pagamento di contributi cumulativi in presenza di ricorsi aventi identità di oggetto che, se identificato con l'appalto contestato, può far rientrare l'ipotesi di cui si discute". Si fa riferimento a Corte di Giustizia, 6 ottobre 2015, C-61/14, *Orizzonte Salute*, (commentata da L. PRESUTTI, *Contributo unificato e diritto europeo degli appalti*, in *Urb. e app.*, 2016, 138 ss.; A. VUOLO, *La decisione della Corte di giustizia in materia di contributo unificato: ovvero dell'impossibilità di pervenire ad assestamenti definitivi nella tutela multilivello dei diritti (nota a Corte di giustizia dell'Unione europea, 6 ottobre 2015)*, in *www.federalismi.it*, 2015) chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità comunitaria della disciplina del contributo unificato nella materia degli appalti pubblici il cui importo era ritenuto dall'ordinanza di rimessione (cfr. Tar Trento, ord., 29 gennaio 2014, n. 23) particolarmente eccessivo e dunque determinante un'ingiusta compressione della tutela giurisdizionale, traducendosi in una negazione di fatto del diritto di accesso alla giustizia. Cfr. il commento critico alla pronuncia in esame di G.A. FERRO, *Diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e "costi" di accesso alla giustizia nel dialogo tra giudice nazionale e corte di giustizia della unione europea*, in *Riv. della Cooperazione Int.*, 2017, 36 ss. In senso analogo si esprimeva, già prima dell'adozione della summenzionata decisione della Corte di Giustizia, F.G. SCOCA, *Il "costo" del processo tra misura di efficienza e ostacolo all'accesso*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1414 ss., secondo cui non solo l'importo eccessivo del contributo unificato nella materia *de qua*, ma anche la disciplina particolarmente rigorosa dei suoi presupposti concorrono a determinare un sistema confliggente con il diritto alla tutela giurisdizionale riconosciuto a livello costituzionale, europeo, con particolare riferimento alle direttive ricorsi, ed internazionale (CEDU). Difatti, per quanto concerne il parametro costituzionale, il contributo unificato così come stabilito in materia di appalti pubblici appare "diretto a soddisfare esigenze puramente fiscali" compromettendo gravemente l'esercizio del diritto di azione e di difesa in giudizio. La normativa italiana risulta anche contrastante con la *ratio* delle direttive ricorsi, secondo cui i partecipanti alla gara dovrebbero essere incoraggiati a proporre ricorsi rapidi ed efficaci. Al contrario "la disciplina italiana del contributo unificato, non solo non incoraggia, ma tende a scoraggiare gli interessati dall'intraprendere il processo: essa sembra quindi in palese contrasto con gli orientamenti dell'Unione Europea". Cfr. ancora in argomento M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, op. cit., 14 ss., la quale avverte che ai gravi oneri del contributo unificato si aggiungono gli onorari "di legali super specializzati che dovrebbero riuscire a rappresentarne le ragioni nonostante i molteplici ostacoli".

È evidente che le imprese, onde evitare costi insostenibili, si asterranno dal proporre ricorso *ex art.* 120, co. 2-*bis*, c.p.a. In tal modo, si registrerà una diminuzione del contenzioso in materia, ma a discapito del diritto di azione e di difesa, che subisce, di fatto, una grave limitazione⁸⁶⁷.

In altri termini, la disciplina italiana del contributo unificato costituisce un serio ostacolo all'accesso alla giustizia ponendosi in contrasto con il diritto alla tutela giurisdizionale garantito a livello costituzionale, europeo (direttive ricorsi) ed internazionale (CEDU)⁸⁶⁸.

Di poi, l'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione produce, a ben vedere, l'effetto opposto a quello a cui mira (*id est* la riduzione del contenzioso), in quanto può accadere che il ricorrente impugni l'ammissione di un concorrente che poi non si collochi utilmente in graduatoria; così come l'offerta del ricorrente potrebbe non essere valutata positivamente a seguito della fase di valutazione delle offerte. In tal caso si avrebbe una moltiplicazione del contenzioso, piuttosto che una riduzione, che non sarebbe, tra l'altro, di alcuna utilità qualora si verificassero le supposte ipotesi⁸⁶⁹.

Si è detto che l'interesse a ricorrere sussiste qualora dall'atto oggetto di impugnazione derivi un'effettiva lesione alla situazione giuridica soggettiva del ricorrente e l'eventuale accoglimento del ricorso arrechi alla situazione medesima un'utilità concreta. Tuttavia, come rilevato dalla giurisprudenza⁸⁷⁰, non si comprende quale sia l'utilità concreta derivante dall'impugnazione di tutte le ammissioni potenzialmente lesive per la sfera giudica del ricorrente che, seppure avesse esito positivo, avrebbe l'effetto di escludere tutti i partecipanti dalla gara, mentre l'aggiudicazione dell'appalto, bene della vita a cui il ricorrente aspira, potrebbe non avvenire mai qualora la stazione appaltante non reputi conveniente l'offerta presentata dal ricorrente medesimo⁸⁷¹.

Inoltre, soprattutto nelle procedure di gara con decine di concorrenti è difficile individuare se sussista in capo al ricorrente un interesse concreto ed attuale all'impugnazione degli atti di ammissione degli altri partecipanti e, dunque, un interesse all'esclusione degli operatori economici

⁸⁶⁷ Cfr. L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo, op. cit.*, 605 ss. Si tratta, come sarà spiegato nei paragrafi successivi, di criticità che saranno utilizzate dalle ordinanze di rimessione con cui, rispettivamente, il Tar Piemonte, ord., sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88 e il Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 giugno 2018, n. 903; Id., 20 luglio 2018, n. 1097, hanno sollevato la questione di incompatibilità comunitaria e costituzionale alla Corte di Giustizia e alla Corte Costituzionale italiana.

⁸⁶⁸ Cfr. F.G. SCOCA, *Il "costo" del processo tra misura di efficienza e ostacolo all'accesso, op. cit.*, 1419 ss. Per maggiori dettagli cfr. nota precedente.

⁸⁶⁹ Cfr. E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici, op. cit.*, 889 ss.

⁸⁷⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2016, n. 749

⁸⁷¹ Cfr. E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici, op. cit.*, 889 ss., il quale avverte che in tal caso la lesione non è diretta, in quanto non deriva direttamente dal provvedimento di ammissione e non è attuale "poiché non è ancora intervenuta la lesione dell'interesse ad ottenere l'aggiudicazione, richiedendo l'emanazione di provvedimenti successivi collegati ad un evento futuro e incerto (l'aggiudicazione a favore del concorrente di cui si contesta la legittima ammissione)".

ammessi a partecipare alla gara, in un momento in cui non è noto se sia il ricorrente che i concorrenti ammessi abbiano effettive *chances* di aggiudicarsi l'appalto⁸⁷².

In altri termini, si può affermare che non derivi dal provvedimento di ammissione impugnato sicuramente una lesione attuale della situazione giuridica soggettiva del ricorrente, in quanto la lesione diverrà attuale solo se e quando uno degli operatori economici ammessi diverrà aggiudicatario. Difatti, nel momento in cui il ricorrente impugna l'ammissione, non si è a conoscenza se il concorrente ammesso diverrà aggiudicatario, dunque, non vi è ancora la lesione dell'interesse del ricorrente ad ottenere l'aggiudicazione, che si avrà solo qualora venga emanato, eventualmente, il provvedimento di aggiudicazione a favore del concorrente la cui ammissione è oggetto di contestazione⁸⁷³.

È stato opportunamente rilevato in dottrina⁸⁷⁴ che la necessità incombente sul ricorrente di impugnare immediatamente gli atti di ammissione degli altri concorrenti in una fase in cui non sa se diverrà aggiudicatario ed, anzi, a prescindere dall'esistenza di una *chance* di aggiudicarsi l'appalto, costruisce un "interesse a ricorrere virtuale"⁸⁷⁵ che si ravvisa nell'interesse alla corretta composizione della platea dei concorrenti alla gara.

Dunque, si è più volte affermato che l'interesse a ricorrere consiste nella concreta possibilità di assicurarsi l'aggiudicazione, tuttavia il nuovo rito sembra imporre una *fiction iuris*, istituendo una presunzione legale di lesione ad un bene della vita tutelabile autonomamente e consistente nella "giusta formazione della platea dei concorrenti alla gara"⁸⁷⁶. Sembra che si aprano le porte ad una giurisdizione di tipo oggettivo⁸⁷⁷, in quanto l'interesse al bene della vita sottostante alla situazione

⁸⁷² Cfr. C. CONTESSA, *Commento all'art. 204*, in *Codice degli appalti e delle concessioni. Il Dlgs 50/2016 commentato articolo per articolo*, op. cit., 632 ss.; ID., *Le forme di tutela nel nuovo Codice*, op. cit., 521.

⁸⁷³ E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 890.

⁸⁷⁴ Cfr. sul punto 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)*, op. cit.; L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, op. cit., 611.

⁸⁷⁵ 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)*, op. cit., il quale aggiunge che il ricorrente non è portatore di "interessi diffusi però attuali, ma di un interesse – in realtà meramente individuale e ancora ipotetico".

⁸⁷⁶ Così 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)*, op. cit.

⁸⁷⁷ Dal momento che il ricorrente è obbligato ad impugnare l'atto di ammissione prima di diventare aggiudicatario ed anzi, a prescindere da una *chance* di aggiudicarsi l'appalto, ben potendo nella fase successiva della procedura di gara essere valutata negativamente la sua offerta. Pertanto, sembra, a parere di tale orientamento, agire per l'interesse pubblico alla legittimità della procedura di gara. Si pongono su tale linea di pensiero anche C. LENOCI, *I presupposti applicativi del rito super accelerato*, in www.italiappalti.it; A. PRESTI, *Rito "super accelerato" o meglio ipercompresso contro gli atti (positivi o negativi) di ammissione alle procedure di gara*, in www.mediappalti.it, secondo cui l'art. 120, co. 2-bis, c.p.a., che dà adito a non pochi dubbi di legittimità costituzionale, introduce un interesse a ricorrere "per così dire più virtuale, atteso che l'impugnazione dell'altrui ammissione deve inderogabilmente essere proposta, a pena di decadenza, entro i termini temporali prescritti dall'art. 120 comma 2 bis cit. Il che comporta un diverso atteggiarsi delle condizioni dell'azione posto che la norma di fatto esclude qualsivoglia valutazione sull'effettiva incidenza della stessa ammissione sulla posizione in graduatoria del soggetto ricorrente e/o sull'aggiudicazione finale (c.d. prova di resistenza)".

giuridica soggettiva fatta valere in giudizio non è soltanto l'ottenimento dell'aggiudicazione, bensì, preliminarmente, la corretta definizione degli ammessi alla gara, la *chance* di corretta competizione. Dunque, il ricorrente, in linea con una giurisdizione di tipo oggettivo, e forse anche con il considerando n. 122 della direttiva 2014/24/UE, sembra che sia necessitato a proporre il ricorso per far valere la legittimità dell'azione amministrativa, piuttosto che il suo personale interesse a vincere la gara.

Tuttavia, qualora dovesse intervenire il provvedimento di aggiudicazione a favore dello stesso ricorrente o di un concorrente diverso da colui al quale era stato contestato il provvedimento di ammissione, il ricorso *ex art. 120, co. 2-bis, c.p.a.* diverrebbe improcedibile, registrandosi un'inutile moltiplicazione del contenzioso⁸⁷⁸. In tal caso, l'azione esperita non sarebbe più di alcuna utilità per il ricorrente, a conferma della rilevanza marginale del terzo rito "superspeciale" foriero più di complicazioni, che di semplificazioni.

3.3. (Segue) Gli indirizzi interpretativi sulla compatibilità dell'onere di immediata impugnazione dell'atto di ammissione alla gara con le categorie giuridiche della giurisdizione soggettiva.

Tuttavia, avverte attenta dottrina⁸⁷⁹ che lo sconfinamento in una giurisdizione di tipo oggettivo o meno dipende dal modo in cui si imposta la questione. Se si accede alla visione accolta dalla giurisprudenza amministrativa consolidata secondo cui *in subiecta materia* l'interesse a ricorrere consiste nella concreta possibilità di ottenere l'appalto, quale bene della vita perseguito, l'interesse alla giusta formazione della platea dei concorrenti non può essere autonomamente tutelabile⁸⁸⁰ se non ricorrendo ad una *fictio iuris* che attualizza e concretizza una lesione che al momento della proposizione del ricorso è "solo indiziaria e potenziale, non già concreta ed effettiva"⁸⁸¹. Potrebbero, inoltre, avanzarsi dubbi di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 24 e 113 Cost., dal momento che si onera il ricorrente di agire in giudizio in un momento in cui la lesione della sua sfera giuridica non è attuale e, dunque, in mancanza di un interesse a ricorrere.

⁸⁷⁸ Cfr. E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, *op. cit.*, 890.

⁸⁷⁹ L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, *op. cit.*, 611; 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)*, *op. cit.*

⁸⁸⁰ Cfr. Cons. Stato, ad. pl., 29 gennaio 2003, n. 1, la quale, incidendo sul rapporto tra interesse a ricorrere e azione in giudizio, ha affermato che la condizione di concorrente può "essere apprezzata e valutata esclusivamente con riferimento all'unico interesse sostanziale di cui essi sono titolari, che è quello all'aggiudicazione...". Pertanto, "non appare configurabile un interesse autonomo alla legittimità delle regole e delle operazioni di gara, distinto dalla pretesa all'aggiudicazione o alla stipula del contratto". Cfr., in senso analogo, Tar Puglia, Bari, sez. III, 30 ottobre 2017, n. 1109; Tar Veneto, sez. III, 21 luglio 2017, n. 731; *Contra* Tar Basilicata, 27 settembre 2017, n. 612.

⁸⁸¹ 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)*, *op. cit.* Sarà concreta ed effettiva quando verrà adottato il provvedimento di aggiudicazione.

In tal caso, il ricorrente non agirebbe per conseguire un interesse personale, ma diventerebbe strumento per far valere la legittimità della procedura di gara, affinché la stessa si svolga correttamente e in regime di concorrenza già nella fase di verifica dei requisiti soggettivi di partecipazione.

Pertanto, si tratterebbe di giurisdizione oggettiva che dà adito a forti dubbi di legittimità costituzionale, in quanto, per le ragioni spiegate e che saranno spiegate, pretermette la tutela del ricorrente alle esigenze di legalità.

Infine, se si accede a tale orientamento⁸⁸² si scorge una trasfigurazione delle categorie giuridiche tradizionali, *in primis* dell'interesse a ricorrere, manchevole, perlomeno, del requisito dell'attualità. Ad una diversa conclusione si giunge, invece, se non si esamina la vicenda dal punto di vista del bene finale dell'aggiudicazione, ma se si ammette che il legislatore con l'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a. abbia introdotto un interesse legittimo di nuovo conio, dunque una situazione giuridica soggettiva che è sempre di interesse legittimo, ma il bene della vita, l'interesse sociologico di base, è preliminarmente la corretta composizione della platea dei concorrenti⁸⁸³.

Accedendo ad una visione ampliativa di interesse al bene della vita⁸⁸⁴ l'impugnazione dei provvedimenti di ammissione alla gara non confligge con le caratteristiche dell'interesse a ricorrere inteso in senso tradizionale, in quanto la situazione giuridica soggettiva di cui il ricorrente è titolare corrisponde ad un interesse di natura strumentale rispetto all'aggiudicazione⁸⁸⁵, che comunque resta personale perché consiste nell'interesse a competere correttamente tra soggetti "tutti

⁸⁸² In dottrina aderiscono a tale orientamento, tra gli altri, E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 889 ss.; M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, op. cit., 14 ss.

⁸⁸³ Cfr. sul punto 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)*, op. cit.; L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, op. cit., 611; M. SILVESTRI, *Le condizioni dell'azione nel rito in materia di contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 927 ss.

⁸⁸⁴ Rileva Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014 e, in senso analogo, Id., sez. III, ord. 7 novembre 2017, n. 5138, che le innovazioni legislative profilano "una nozione di "bene della vita" meritevole di protezione, più ampia di quella tradizionalmente riferita all'aggiudicazione, che sebbene non coincidente con il generale interesse alla mera legittimità dell'azione amministrativa, è nondimeno comprensiva del "diritto" dell'operatore economico a competere secondo i criteri predefiniti dal legislatore".

⁸⁸⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014, annotata da G.A. GIUFFRÈ, *Revirement del Consiglio di Stato sull'immediata impugnabilità della scelta del criterio per la selezione delle offerte*, in www.federalismi.it. In senso analogo cfr. Tar Basilicata, 27 settembre 2017, n. 612.

ugualmente qualificati”⁸⁸⁶ e, perciò, si distingue dall’interesse generale⁸⁸⁷ alla correttezza e trasparenza delle procedure di gara.

In dottrina⁸⁸⁸ si è pure specificato che la personalità di questo nuovo interesse si ravvisa nel vantaggio ad avere meno concorrenti nella successiva fase di valutazione delle offerte, *id est* nella riduzione della platea dei concorrenti⁸⁸⁹. In altri termini, non si tratta di un generico interesse alla legittimità delle procedure di gara, ma si individualizza, in quanto l’annullamento dei provvedimenti di ammissione costituisce un’utilità concreta per il ricorrente-partecipante, riducendo i *competitors* ed aumentando le probabilità di vittoria dell’appalto. Ebbene, se la lesione è personale, concreta ed attuale, l’interesse legittimo è qualificato e differenziato⁸⁹⁰ e non si sconfina in una giurisdizione di diritto oggettivo⁸⁹¹.

Secondo parte della dottrina e della giurisprudenza l’ampliamento delle categorie tradizionali della legittimazione ad agire, dell’interesse al ricorso, dell’interesse al bene della vita avvenuti per effetto delle ultime vicende interessanti la *vexata quaestio* del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale reciprocamente escludenti ha comportato un ripensamento delle categorie medesime⁸⁹².

⁸⁸⁶ Cfr. sul punto L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo, op. cit.*, 611, la quale specifica che il legislatore “ha selezionato e individuato uno specifico interesse qualificato nell’interesse alla corretta composizione della platea dei concorrenti”. Dal momento che la *ratio* del rito superspeciale è volta a definire prontamente la platea dei concorrenti in un momento antecedente alla valutazione delle offerte e alla conseguente aggiudicazione si può “ben applicare la tradizionale e tramandata ricostruzione dell’interesse concreto e attuale che legittima all’azione: il bene della vita sottostante all’interesse qualificato di chi partecipa ad una procedura di gara non è 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”. Aggiunge l’Autrice che si tratta di un’impostazione coerente con la *ratio* delle direttive ricorsi che hanno inteso creare un mercato degli appalti pubblici. Pertanto, “trattandosi di un mercato, l’accesso al mercato, quando si concretizza nel procedimento di gara, è immediatamente rilevante e dà quindi vita a situazioni soggettive qualificate e passibili di tutela giurisdizionale”.

⁸⁸⁷ Osserva A. CIOFFI, *Interesse generale e legittimazione oggettiva*, in *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzaroli*, a cura di F. FRANCIOSI – M.A. SANDULLI, Napoli, 2017, 291, l’interesse generale, che emerge nel considerando 22 della direttiva 2007/66/CE, nonché nell’art. 2-*quinquies* della medesima direttiva e riflette le esigenze dell’Unione Europea, “calato nella giurisdizione amministrativa” “non va confuso con l’interesse pubblico dell’amministrazione: mentre l’interesse pubblico è un’esigenza specifica della funzione, appartiene all’amministrazione e si risolve in ciò che sia utile ad essa, l’interesse generale è ciò che sia utile a tutti”. È importante la valutazione dell’interesse generale “per l’influsso che ha sulla legittimazione”. Cfr. sul punto M.C. ROMANO, *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale. Tra ordinamento europeo e ordinamenti amministrativi nazionali*, Napoli, 2013, 181 ss.

⁸⁸⁸ Cfr. M. SILVESTRI, *Le condizioni dell’azione nel rito in materia di contratti pubblici, op. cit.*, 970 ss.

⁸⁸⁹ *Contra* R. CAPONIGRO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell’impugnazione degli atti di gara, op. cit.*, il quale sottolinea che un interesse “qualificato e tutelabile nasce con l’aggiudicazione della gara...considerato che, con tale atto, l’amministrazione attribuisce il “bene della vita” ad un concorrente e nega il “bene della vita” agli altri concorrenti, mentre non è qualificato e non è tutelabile l’interesse, che pur di fatto sussiste, a confrontarsi con una platea più ristretta di candidati”.

⁸⁹⁰ Avverte Cons. Stato, sez. III, ord. 7 novembre 2017, n. 5138, che nel caso dell’impugnazione dei provvedimenti di ammissione altrui “è lo stesso legislatore ad attribuire direttamente legittimazione al singolo concorrente, implicitamente differenziandone l’interesse rispetto al *quisque de populo*”.

⁸⁹¹ Così 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)*, *op. cit.*; L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo, op. cit.*, 611; M. SILVESTRI, *Le condizioni dell’azione nel rito in materia di contratti pubblici, op. cit.*, 927 ss.

⁸⁹² Cfr. M. SILVESTRI, *Le condizioni dell’azione nel rito in materia di contratti pubblici, op. cit.*, 961 ss., il quale fa riferimento alla sentenza della Corte di Giustizia, Grande sezione, 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica*, (annotata, tra

Una tale riflessione è diventata più insistente soprattutto a seguito dell'introduzione del rito superspeciale.

Si è infatti rilevato⁸⁹³ che l'innovazione legislativa *ex art. 120, co. 2-bis, c.p.a.* riflette la moderna tendenza ad ampliare i confini dell'interesse giuridicamente rilevante tanto da aver spinto la giurisprudenza più progressista a chiedere all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato se l'anticipazione della tutela giurisdizionale introdotta dalla novella legislativa potesse valere come principio generale e dunque applicabile anche in caso di impugnazione del bando di gara, innovando rispetto all'orientamento tradizionale⁸⁹⁴. Difatti, a parere dell'ordinanza di rimessione⁸⁹⁵ la disciplina del rito superspeciale conferma la tesi secondo cui già nella fase preliminare delle procedure di gara sorgono interessi meritevoli di protezione che legittimano il ricorrente ad impugnare i relativi atti immediatamente e nel rispetto di un breve termine decadenziale⁸⁹⁶.

Si tratta, inoltre, di una conclusione in linea con la *ratio* delle direttive ricorsi che hanno inteso garantire, prioritariamente, "il diritto alla piena ed effettiva concorrenza" che costituisce "la ragione che sta alla base della formulazione del considerando n. 122 della direttiva 2014/24/UE"⁸⁹⁷.

In definitiva, l'ordinanza di rimessione specifica che lo "strappo" ai principi generali causati dalla soluzione da essa prospettata non costituisce una "rivisitazione della concretezza ed attualità della

gli altri, da A. SQUAZZONI, *Sul necessario esame delle censure escludenti incrociate a prescindere dal numero dei concorrenti e della differenza tra motivi ad effetto escludente. Il monito (forse tardivo?) della Corte di giustizia*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 796 ss.) che ha dilatato la nozione di interesse strumentale sino a "colpire a morte perfino la nozione di legittimazione sostanziale".

⁸⁹³ Cfr. A. BERTI SUMAN, *L'immediata impugnazione delle clausole del bando di gara e il ruolo dell'interesse strumentale nel (nuovo) contenzioso appalti. A margine della Adunanza Plenaria n. 4/2018*, *op. cit.*, 1 e ss.

⁸⁹⁴ Senza distinguere tra clausole immediatamente lesive e non, a differenza dell'orientamento tradizionale (per cui cfr. Cons. Stato, ad. pl., 11 giugno 2001, n. 3) che ritiene impugnabili solo le clausole del bando immediatamente lesive. Chiede, infatti, Cons. Stato, sez. III, ord. 7 novembre 2017, n. 5138, all'adunanza plenaria di definire esattamente i casi in cui nelle procedure di affidamento sussista "l'onere di immediata impugnazione del bando o di altri provvedimenti conclusivi di autonome fasi dell'iter, autonomamente lesivi, diversi dall'atto finale di aggiudicazione".

⁸⁹⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. III, ord. 7 novembre 2017, n. 5138.

⁸⁹⁶ Cons. Stato, sez. III, ord. 7 novembre 2017, n. 5138, riferendosi alla legittimazione processuale speciale attribuita all'Anac dal rinnovato art. 211 d.lgs. n. 50 del 2016, afferma "se l'ordinamento introduce nuovi strumenti processuali volti a garantire la corretta competizione ai fini dell'aggiudicazione dei contratti pubblici, diventa ragionevole ritenere che il *bene* del rispetto delle regole procedurali dirette a fissare il nucleo essenziale della selezione comparativa delle offerte, costituisca un autonomo interesse meritevole di immediata e tempestiva protezione dall'ordinamento, essendo ormai emancipato dalla condizione di mero interesse di fatto. La tutela giurisdizionale di detto interesse compete all'ANAC, in virtù dell'art. 211 del codice dei contratti pubblici, ma, a maggior ragione, spetta anche all'operatore economico del settore interessato alla procedura di gara e al suo corretto svolgimento". Dunque, "accanto all'interesse sostanziale *finale* del soggetto economico, diretto all'aggiudicazione dell'appalto, l'ordinamento positivo contempla ora un interesse *strumentale* – ma anche esso sostanziale – polarizzato sulla procedura di gara, in sé considerata". Cfr. in senso analogo Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014, secondo cui l'art. 120, co. 2-bis, c.p.a., ha dato "sostanza e tutela ad un interesse al corretto svolgimento della gara, scisso ed autonomo, sebbene strumentale, rispetto a quello all'aggiudicazione". L'ordinanza di rimessione alla plenaria continua affermando che sarebbe auspicabile "delimitare un rito accelerato per le impugnazioni di tutti gli atti delle procedure di gara anteriori all'aggiudicazione considerati immediatamente lesivi".

⁸⁹⁷ Così Cons. Stato, sez. III, ord. 7 novembre 2017, n. 5138.

lesione” ai fini dell’esercizio dell’azione di annullamento, ma “si inserirebbe nel solco della specialità del settore dei pubblici appalti, rinvenendo in quest’ultima la sua *ratio ultima*”⁸⁹⁸.

Fortunatamente l’adunanza plenaria aderisce all’orientamento tradizionale e - molto probabilmente condividendo le preoccupazioni manifestate da attenta dottrina secondo cui l’eccessiva anticipazione della tutela giurisdizionale potrebbe avere quale risvolto pericoloso l’estensione del concetto di interesse meritevole di tutela sino a “giuridificare”⁸⁹⁹ interessi di mero fatto⁹⁰⁰ e ad allargare le maglie della legittimazione ad agire sino ad estenderla all’operatore economico che non ha partecipato alla gara o è stato definitivamente escluso, ma che opera nel mercato, rispondendo ad una logica della concorrenza per il mercato, senza considerare la “vera” pretesa fatta valere in giudizio dal ricorrente⁹⁰¹ - confuta la tesi evolutiva prospettata dall’ordinanza di rimessione.

L’adunanza plenaria sottolinea che ai fini della configurazione dell’interesse a ricorrere è necessario che la lesione subita dal ricorrente-operatore economico sia concreta ed attuale. Pertanto, dopo aver affermato che per agire in giudizio bisogna essere titolari di una situazione giuridica soggettiva qualificata e differenziata⁹⁰² che si ravvisa solo nell’operatore economico

⁸⁹⁸ Cons. Stato, sez. III, ord. 7 novembre 2017, n. 5138.

⁸⁹⁹ Parlano di questo processo di “giuridificazione” di interessi sorti in diversi settori del diritto amministrativo, quali la concorrenza, l’ambiente, la sicurezza alimentare, ecc., B. MARCHETTI – M. RENNA, *I processi di giuridificazione: soggetti, tecniche, limiti*, in *La giuridificazione*, a cura di B. MARCHETTI – M. RENNA, Firenze, 2017.

⁹⁰⁰ R. CAPONIGRO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell’impugnazione degli atti di gara*, *op. cit.*, ritiene che l’interesse alla riduzione degli ammessi alla gara onde accrescere le proprie *chances* di aggiudicazione dell’appalto “costituisce un interesse di mero fatto e non un interesse legittimo”. Pertanto, “attribuire una legittimazione ex lege ad ogni concorrente per impugnare l’ammissione di altri, in assenza di un interesse qualificato al ricorso, sembra determinare una deriva oggettivistica estranea alla nostra giurisdizione sin dai suoi primi albori”, mentre negare al ricorrente di impugnare nel prosieguo della gara il provvedimento di aggiudicazione se non si è previamente impugnato l’atto di ammissione od esclusione si pone in contrasto con il diritto di agire in giudizio consacrato agli artt. 24, 103 e 113 Cost.

⁹⁰¹ *Id est* l’aggiudicazione dell’appalto.

⁹⁰² Pertanto, Cons. Stato, ad. pl., 26 aprile 2018, n. 4, “ritiene che non sussistano ragioni per ritenere che il soggetto che non abbia presentato la domanda di partecipazione alla gara sia legittimato ad impugnare clausole del bando che non siano “escludenti”, dovendosi con tale predicato intendersi quelle che con assoluta certezza gli precludano l’utile partecipazione”. Cfr., in senso analogo, Id., sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180; Id., sez. IV, 25 agosto 2016, n. 3688; Id., sez. III, 10 giugno 2016, n. 2507; Id., sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1560; Id., sez. V, 30 dicembre 2015, n. 5862; Id., sez. V, 12 novembre 2015, n. 5181. Ed anche Corte Cost., 22 novembre 2016, n. 245. Continua l’adunanza plenaria affermando “anche se si volesse accedere ad una nozione allargata di legittimazione individuando un interesse dell’operatore economico a competere secondo i criteri predefiniti dal legislatore, ugualmente resterebbe insuperabile la considerazione che esso non sarebbe né attuale né “certo”, ma meramente ipotetico”. Ebbene, “la situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, è ricollegabile unicamente alla partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione: la procedura cui non si sia partecipato è *res inter alios acta* e non legittima l’operatore economico ad insorgere avverso la medesima (Adunanza plenaria 7 aprile 2011, n. 4, Adunanza plenaria 25 febbraio 2014, n. 9)”. Per un commento a Cons. Stato, ad. pl., 7 aprile 2011, n. 4, cfr., fra gli altri, F. FOLLIERI, *Un ripensamento dell’ordine di esame dei ricorsi principale ed incidentale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1151 ss.; A. SQUAZZONI, *Ancora sull’asserito effetto paralizzante del solo ricorso incidentale c.d. escludente nelle controversie in materia di gare. La Plenaria statuisce nuovamente sul rebus senza risolverlo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1063 ss.; A. GIANNELLI, *Il revirement della Plenaria in tema di ricorsi paralizzanti nelle gare a due*, *ivi*, 2011, 1119 ss.; M. MARINELLI, *Ancora in tema di ricorso incidentale “escludente” e ordine di esame delle questioni*, *ivi*, 1174 ss.; R. VILLATA, *Annotando gli annotatori*, *ivi*, 1183 ss.; G. PELLEGRINO, *La Plenaria e le “tentazioni” dell’incidentale*, in *www.giustamm.it*; G. TROPEA, *I rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale di nuovo dinanzi alla Plenaria. Un revirement atteso dopo un’interessante (e per alcuni versi discutibile) ordinanza di rimessione*, in *Giur. it.*, 2011,

partecipante alla gara⁹⁰³, specifica che a differenza dell'Anac, a cui è oggi riconosciuta una legittimazione processuale speciale in nome dell'interesse obiettivo alla legittimità delle procedure di gara, l'operatore economico-partecipante non agisce nell'interesse della legge, ma “nel proprio esclusivo e soggettivo interesse”⁹⁰⁴. Tale interesse consiste principalmente nell'aggiudicarsi la gara, e solo subordinatamente, nell'interesse strumentale alla riedizione della gara che non sia riuscito ad aggiudicarsi⁹⁰⁵.

Il supremo consesso giurisdizionale se da un lato afferma che con l'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a. il legislatore “abbia 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”, dall'altro non ritiene che dall'istituto in esame possano trarsi considerazioni espressive di un principio generale⁹⁰⁶.

In definitiva, l'adunanza plenaria confuta la tesi progressista prospettata dall'ordinanza di rimessione ridimensionando l'eccessiva estensione delle categorie giuridiche tradizionali, affermando che l'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a. non può avere valenza generale anche perché in tal caso, a differenza dell'impugnazione immediata delle clausole del bando non escludenti, il legislatore ha introdotto un interesse strumentale “che, comunque, rimane proprio e personale del concorrente, e quindi distinto dall'interesse generale alla correttezza e trasparenza delle procedure di gara”.

Si tratta, dunque, di un interesse che rispetta i requisiti dell'attualità e della concretezza, in quanto “la maggiore o minore estensione della platea dei concorrenti incide oggettivamente sulla *chance* di

1652 ss.; Per un commento anche a Cons. Stato, ad. pl., 25 febbraio 2014, n. 9, cfr., fra gli altri, A. TRAVI, *In tema di ordine di trattazione tra ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Foro it.*, 2014, III, 470 ss.; R. RUSSO, *L'ordine di trattazione dei ricorsi principale ed incidentale con effetto paralizzante*, in *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, a cura di E. FOLLIERI – A. BARONE, San Giuliano Milanese (MI), 2015, 860 ss., ed *ivi* riferimenti dottrinali e giurisprudenziali. È particolarmente critico nei confronti della recente giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato che si impegna a difendere l'istituto del ricorso incidentale, nonostante le pronunce della Corte di Giustizia abbiano fortemente ridimensionato l'istituto del ricorso incidentale paralizzante, A. SQUAZZONI, *Morire per il ricorso incidentale paralizzante?*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 442 ss. Quest'ultimo rileva che la giurisprudenza amministrativa italiana, procedendo per tale via, rischia di introdurre regole completamente distoniche rispetto a quelle tradizionalmente vigenti nel sistema processuale italiano, destinate ad influenzare tutti i rami del processo amministrativo non limitandosi al settore dei contratti pubblici.

⁹⁰³ Cfr. anche sul punto M. ESPOSITO, *Disciplina degli appalti pubblici e legittimazione a ricorrere a tutela della concorrenza*, in www.giustamm.it

⁹⁰⁴ Cons. Stato, ad. pl., 26 aprile 2018, n. 4, annotata da P. SALVEMINI, *Sull'onere di immediata impugnazione delle clausole non escludenti del bando di gara e sulla legittimazione a ricorrere dell'operatore economico non partecipante alla procedura*, in www.ildirittoamministrativo.it

⁹⁰⁵ Aggiunge Cons. Stato, ad. pl., 26 aprile 2018, n. 4, che, al contrario di quanto sostenuto dall'ordinanza di rimessione, “Non sembra pertanto a questa Adunanza plenaria che la disposizione di cui all'art. 211 del d.Lgs n. 50/2016 si muova nella logica di un mutamento in senso oggettivo dell'interesse (non, come si è prima chiarito, dell'operatore del settore, ma neppure del partecipante alla procedura) a che i bandi vengano emendati immediatamente da eventuali disposizioni (in tesi) illegittime, seppure non escludenti: essa ha subiettivizzato in capo all'Autorità detto interesse, attribuendole il potere diretto di agire in giudizio nell'interesse della legge”.

⁹⁰⁶ Cfr. Cons. Stato, ad. pl., 26 aprile 2018, n. 4, la quale chiarisce “l'Adunanza plenaria, se concorda con la rilevante novità dell'istituto in commento, non ritiene però che dallo stesso possano trarsi considerazioni espressive di un principio generale”.

aggiudicazione”⁹⁰⁷. In tal senso, si pone come un interesse strumentale alla *chance* di aggiudicazione.

Ebbene, se la sentenza dell’adunanza plenaria è sicuramente apprezzabile per aver posto un freno all’eccessiva dilatazione delle categorie giuridiche tradizionali, che ha il pericoloso effetto di stravolgere la teoria delle situazioni giuridiche soggettive⁹⁰⁸; d’altro canto nell’ammettere l’introduzione di una ulteriore *species* di interesse strumentale che potremmo definire di secondo grado⁹⁰⁹, in quanto mira alla riedizione della gara previa considerazione specifica della posizione dei partecipanti, sembra comunque cedere alla nuova tendenza “ad ampliare la nozione di interesse giuridicamente rilevante, anticipandone la tutela”⁹¹⁰.

È questa una testimonianza del pericoloso varco che già aperto con le decisioni della Corte di Giustizia in tema di rapporto tra ricorso principale ed incidentale sta avanzando a seguito dell’introduzione del rito superspeciale che, incidendo pesantemente perlomeno sul requisito dell’attualità dell’interesse a ricorrere, sta scardinando i principi cardine del processo amministrativo di natura soggettiva. Non possono non condividersi le preoccupazioni espresse da attenta dottrina⁹¹¹ secondo cui l’eccessiva dilatazione dell’interesse strumentale fa cessare la funzione di filtro svolta dall’interesse a ricorrere tra domande utili e non, ritenendosi ammissibile anche la domanda di chi lamenti un’ipotetica lesione, che è là da venire.

⁹⁰⁷ Cons. Stato, ad. pl., 26 aprile 2018, n. 4.

⁹⁰⁸ Cfr. sul punto L.R. PERFETTI, *Legittimazione e interesse a ricorrere nel processo amministrativo: il problema delle pretese partecipative*, op. cit., 712.

⁹⁰⁹ Osserva G. CUMIN, *Rito “superaccelerato”, esecuzione anticipata e frammentazione dell’interesse a ricorrere*, op. cit., 643, che, a seguito dell’introduzione del rito superspeciale si distinguono tre diversi modi di atteggiarsi dell’interesse a ricorrere: a) un interesse strumentale di primo grado (“o ‘tradizionale’, alla mera ripetizione della gara senza alcuna considerazione della specifica posizione di singoli partecipanti ad essa); b) interesse strumentale di secondo grado (o ‘personalizzato’, alla mera ripetizione della gara previa considerazione della specifica posizione di singoli partecipanti ad essa); c) interesse ‘pieno’ (all’aggiudicazione del contratto)”. Al contrario R. CAPONIGRO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell’impugnazione degli atti di gara*, op. cit., ritiene che l’interesse a confrontarsi con una minore platea di concorrenti sia un interesse di mero fatto che fittiziamente viene giuridicizzato dalla norma. Secondo l’Autore, infatti, esistono l’interesse finale all’aggiudicazione, l’interesse strumentale alla partecipazione e “l’interesse di mero fatto a confrontarsi con una minore platea di concorrenti”, che secondo la migliore dottrina (per cui cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., 107 e ss.), sono interessi privi di protezione, dal momento che il diritto non assume una posizione verso di essi.

⁹¹⁰ A. BERTI SUMAN, *L’immediata impugnazione delle clausole del bando di gara e il ruolo dell’interesse strumentale nel (nuovo) contenzioso appalti. A margine della Adunanza Plenaria n. 4/2018*, op. cit., 26.

⁹¹¹ Cfr. M. SILVESTRI, *Le condizioni dell’azione nel rito in materia di contratti pubblici*, op. cit., 962 ss., secondo cui “l’interesse al ricorso ha perso ogni parvenza di concretezza e attualità, cessando di costituire un effettivo discrimine tra domande utili e domande non utili al loro proponente. L’esito estremo era probabilmente insito nell’idea stessa di interesse strumentale e la Corte di giustizia non ha fatto che portarla alle sue naturali conseguenze”. Difatti, “una volta abbattuto il limite della natura attuale e concreta dell’interesse processuale, non sembra più possibile porre un criterio discrezionale – razionalmente fondato – tra le pretese dei ricorrenti che si prefiggono il conseguimento di una utilità reale e quelle che perseguono invece risultati non meglio qualificati”. Se prima del 2016 “la caducazione della gara e una sua possibile riedizione sembravano costituire il limite massimo di un interesse di fatto apprezzabile in termini di interesse processuale. Oggi anche l’annullamento dell’ammissione altrui, la possibile conseguente caducazione della gara e l’ulteriormente futuribile sua nuova indizione sono il nuovo traguardo”.

Difatti, “rottamato”⁹¹² l’interesse a ricorrere si torna alla teoria dell’interesse occasionalmente protetto⁹¹³ ove il ricorso rappresentava un’occasione per consentire al g.a. di verificare la legittimità dell’azione amministrativa, sfociando in una giurisdizione di tipo oggettivo⁹¹⁴.

Pertanto, abbandonata la funzione di filtro dell’interesse a ricorrere, la scelta sulle domande ammissibili sarà rimessa alla sensibilità⁹¹⁵ dei giudici nazionali e, soprattutto, comunitari. Ebbene, in assenza di un criterio generale e razionale sarà difficile individuare il *discrimen* tra interessi di mero fatto ed interesse meritevoli di tutela giurisdizionale.

Tuttavia, in una posizione mediana tra chi ritiene che le decisioni della Corte di Giustizia⁹¹⁶ e da ultimo del rito superspeciale superino le nozioni tradizionali di interesse a ricorrere, interesse al

⁹¹² Così M. SILVESTRI, *Le condizioni dell’azione nel rito in materia di contratti pubblici*, op. cit., 963 ss.

⁹¹³ Vale a dire che viene protetto solo se la sua lesione coincide con la lesione dell’interesse pubblico. Cfr. sul punto O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1912, 427 ss., il quale ritiene che “l’interesse dell’individuo...si confonde, perciò, coll’interesse generale” e alcune persone, “per la situazione particolare, in cui occasionalmente si trovano rispetto alla materia dalla norma regolata” possono trarre dall’azione dell’amministrazione un “vantaggio o svantaggio, perciò, diverso da quello, che può averne un qualunque cittadino”. Tali soggetti hanno, pertanto, “un interesse speciale, proprio, cioè personale, determinato e diretto” affinché l’azione amministrativa si svolga “conformemente alle norme giuridiche, che l’hanno regolata, e secondo le esigenze di quell’interesse generale”. Si tratta di un interesse individuale che si distingue dal diritto soggettivo la cui “protezione, perciò, è puramente occasionale, è solo un effetto indiretto, riflesso del diritto obiettivo”. Per una disamina generale ed approfondita sulle teoriche dottrinali dell’interesse legittimo cfr. F.G. COCA, *L’interesse legittimo. Storia e teoria*, op. cit., 1 e ss. e spec. 25 ss.

⁹¹⁴ Sul punto sono interessanti le osservazioni espresse da studiosi che si sono occupati della storia delle categorie giuridiche, come B. SORDI, *Interesse legittimo*, in *Enc. dir.*, Annali, Milano, 2008, II, 709 ss., secondo cui le categorie del contenzioso amministrativo riflettono un modello di processo di natura oggettiva. Ritengono che le teorie progressiste che portano quasi ad obliterare l’interesse a ricorrere siano compatibili con le categorie giuridiche dell’antico contenzioso amministrativo di natura oggettiva M. SILVESTRI, *Le condizioni dell’azione nel rito in materia di contratti pubblici*, op. cit., 967 ss.; S. BACCARINI, *Processo amministrativo e ordine di esame delle questioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 788.

⁹¹⁵ Aggiunge M. SILVESTRI, *Le condizioni dell’azione nel rito in materia di contratti pubblici*, op. cit., “o piuttosto all’arbitrio, dei giudici interni e, soprattutto comunitari”.

⁹¹⁶ Ritengono che la Corte di Giustizia, da ultimo nella sentenza *Puligienica*, abbia introdotto elementi propri della giurisdizione oggettiva F. FRANCIOSI, *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, in www.lamministrativista.it; M. LIPARI, *Il giudice amministrativo e la corsa della giurisdizione oggettiva* in *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzaroli*, a cura di F. FRANCIOSI – M.A. SANDULLI, Napoli, 2017, 279 ss.; A. CARBONE, *L’accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici. Sull’art. 120, co. 2 bis, c.p.a. e ancora sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente*, in www.giustamm.it, il quale sottolinea che la sentenza *Puligienica* comporta l’accettazione di una legittimazione a ricorrere “diversa da quella propria dell’ordinario giudizio amministrativo di tipo soggettivo, derogando così alle regole proprie di quest’ultimo”. Pertanto, si assiste ad “una svalutazione del requisito della legittimazione e l’elemento soggettivo viene spostato sull’interesse a ricorrere per cui – senza potersi in questa sede soffermare sulla problematica, peraltro del tutto nota, concernente il rapporto tra interesse legittimo e interesse processuale – può dirsi che la legittimazione ad agire assuma un ruolo recessivo, giacché la sua configurabilità dipende da un elemento di differenziazione fortemente generico, che viene poi a declinarsi in concreto in relazione all’effettivo interesse al ricorso; ciò che, determinando uno spostamento del rilievo dell’interesse della parte dal versante sostanziale a quello processuale, necessariamente implica anche una concezione maggiormente oggettivistica del modulo processuale corrispondente”. Ebbene, il rito superspeciale corrisponde ad “un modello differenziato di giudizio, ove il criterio di legittimazione a ricorrere si conforma alle esigenze di oggettivizzazione che già possono riscontrarsi nei poteri speciali concessi al giudice in ragione della protezione di quel particolare interesse che in questo tipo di controversie si ravvisa, a dire quello alla tutela della concorrenza”. Il rito superspeciale deve dunque ascrivere ai modelli processuali differenziati di matrice oggettiva, “che si stanno sviluppando, in particolar modo nell’ultimo periodo, nell’ambito del processo amministrativo. Se così non fosse, non potrebbe trovare giustificazione la negazione dell’efficacia paralizzante del ricorso incidentale”. Per la differenza tra interesse legittimo e interesse processuale cfr. C. CRISCENTI, *Il futuro del passato interesse a ricorrere*, Intervento alla Tavola Rotonda sul tema “*Presente e futuro della giustizia amministrativa*”, tenutasi all’Università degli Studi “Magna Grecia”, Cosenza, 27 ottobre 2005.

bene della vita, sfociando in una giurisdizione di tipo oggettivo e chi, invece, cerca di ricondurre l'innovazione legislativa nell'alveo della giurisdizione soggettiva, trattandosi di un interesse strumentale di nuovo conio⁹¹⁷, ove l'interesse a ricorrere è attuale, personale e concreto; si colloca un indirizzo interpretativo innovativo⁹¹⁸ che suggerisce di abbandonare le categorie giuridiche tradizionali per comprendere appieno le riforme.

⁹¹⁷ Sul punto è necessario aggiungere alcune considerazioni. È stato confermato dalla sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011 che l'interesse strumentale non corrisponde ad una situazione giuridica soggettiva, ma indica un "rapporto di utilità tra l'accertata legittimazione al ricorso e la domanda formulata dall'attore". In altri termini, l'interesse strumentale è una declinazione specifica, ma non autonoma, dell'interesse a ricorrere, pertanto per decretarne l'esistenza è necessario accertarsi che sussistano i tradizionali predicati della categoria dell'interesse ad agire, individuati nella "triade guicciardiana" dell'interesse personale, diretto (o concreto) ed attuale. Ebbene, ciò che rileva per fondare l'interesse a ricorrere in una giurisdizione di diritto soggettivo è il grado di "strumentalità" che, come spiegato acutamente da P.M. VIPIANA, *In margine ad un recente orientamento del Consiglio di Stato sul cosiddetto interesse strumentale a ricorrere, op. cit.*, 110, "dipende dal collegamento, più o meno stretto, tra il risultato immediato e il risultato finale". Dunque, dall'accoglimento del ricorso il ricorrente deve poter ottenere un'utilità "solo mediata, indiretta o strumentale, rispetto all'«effettivo soddisfacimento della pretesa sostanziale»". Si tratta di un "concetto di strumentalità, che, ben lungi dall'essere un'entità monolitica, costituisce una nozione «relazionale», un *quid* che ammette un più e un meno in rapporto all'entità cui è correlato". In altri termini, l'utilità che ne deriva al ricorrente deve essere "strumentale" rispetto all'utilità finale che si prefigge di conseguire. Come afferma Cons. Stato, ad. pl., 3 febbraio 2014, n. 8, in un processo di natura soggettiva l'utilità a cui il ricorrente aspira deve porsi "in rapporto di prossimità, regolarità ed immediatezza causale rispetto alla domanda di annullamento proposta". Dunque, il conseguimento del bene della vita anelato non deve essere subordinato ad "eventi, solo potenziali o incerti". Applicando tali coordinate interpretative all'onere di immediata impugnazione del provvedimento di ammissione alla gara non sembra che l'interesse alla corretta composizione della platea dei concorrenti o, come pure è stato prospettato in dottrina, alla riduzione dei concorrenti per avere maggiori *chance* di aggiudicarsi l'appalto, configuri un interesse a ricorrere strumentale attuale, personale e diretto (o concreto). Difatti, collocandosi in uno *step* della procedura di gara in cui né l'ammissore può sapere se diverrà aggiudicatario e né il ricorrente può sapere se il concorrente di cui contesta l'ammissione abbia concrete *chances* di aggiudicarsi l'appalto, il rapporto di strumentalità tra l'utilità ritraibile dall'annullamento del provvedimento di ammissione (*id est* la riduzione della platea dei concorrenti) ed il conseguimento del bene della vita anelato (l'aggiudicazione dell'appalto) appare invero molto labile se non addirittura inesistente. Tuttavia, vi sono voci dottrinali, nonché posizioni giurisprudenziali, si ricordi la citata sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2018, che hanno riconosciuto l'esistenza nell'ipotesi di impugnazione del provvedimento di ammissione *ex art. 120, co. 2-bis, c.p.a.*, di un interesse strumentale alla riduzione della platea dei concorrenti. Si precisa che si tratta di posizioni che ampliano il concetto di interesse al bene della vita quasi giungendo a decretare l'esistenza di una situazione giuridica soggettiva autonomamente tutelabile, confliggendo con l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale prevalente che configura, come detto più volte, l'interesse strumentale come una specificazione non autonoma della categoria giuridica dell'interesse a ricorrere. A ciò si aggiunga che alcuni indirizzi interpretativi sembrano confondere le categorie giuridiche della legittimazione ad agire e dell'interesse a ricorrere.

⁹¹⁸ Cfr. A. CARBONE, *L'accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici. Sull'art. 120, co. 2 bis, c.p.a. e ancora sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente, op. cit.*, il quale avverte che non si può accedere alla soluzione adottata dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Puligienica* "se si rimane ancorati al modello ordinario proprio della giurisdizione amministrativa". Difatti, "il carattere soggettivo del processo amministrativo impone, in altri termini che lo svolgimento della vicenda processuale sia determinato dalla posizione soggettiva del ricorrente e dal suo rapportarsi con l'avvenuto esercizio di un potere amministrativo. Ciò che non pare possibile se si ammette l'esame del ricorso principale anche laddove il suo proponente non abbia legittimamente partecipato alla procedura di gara". A parere dell'Autore la soluzione non va trovata nella creazione di situazioni giuridiche soggettive create *ad hoc* per non derogare ai canoni propri della giurisdizione soggettiva, ma "se si abbandona il modello ordinario di giurisdizione amministrativa e si riconduce il contenzioso degli appalti pubblici ad un modello differenziato". In realtà una deroga, per quanto concerne la legittimazione ad agire e l'interesse al ricorso proviene non solo dalle nuove decisioni della Corte di Giustizia sulla questione del rapporto tra ricorso incidentale e ricorso principale, ma si deduce anche dalla formulazione dell'art. 1, par. 3, della direttiva 89/665/CEE, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE, ed oggi trasfuso in apertura del considerando 122 della direttiva 2014/24/UE, secondo cui: "gli Stati membri garantiscono che le procedure di ricorso siano accessibili, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture o di lavori e che sia stato o rischi di essere stato leso a causa di una violazione denunciata". Quel "rischi di essere stato leso" sembra un riferimento

Più nello specifico, tale orientamento condivide, nelle premesse, la tesi di chi ritiene che il rito “superspeciale” comporti una deroga alle tradizionali categorie giuridiche processuali, in quanto è il legislatore che, nel caso dell’impugnazione del provvedimento di ammissione, fittiziamente attualizza una lesione che non si è ancora prodotta, ma è potenziale. Si tratta, dunque, di giurisdizione oggettiva perché il ricorrente non agisce per far valere l’interesse all’aggiudicazione, ma per un generale interesse alla corretta definizione della platea dei concorrenti. In tal modo si registra una “svalutazione dei canoni propri del processo amministrativo di natura soggettiva”⁹¹⁹ derogando alle categorie giuridiche ordinarie.

Ebbene, a parere di tale orientamento non ha senso interrogarsi sulla compatibilità del rito *de quo* con il nostro processo amministrativo di natura soggettiva, ma bisogna ammettere che si tratta di un “modello processuale differenziato di matrice oggettiva”⁹²⁰ che si caratterizza per la centralità della cura di un interesse pubblico sensibile (la concorrenza); l’attribuzione al g.a. di poteri diversi ed ulteriori rispetto a quelli ordinari, con un aumento dei poteri d’ufficio e deroghe al principio dispositivo; l’ampliamento della “legittimazione a ricorrere, che ricomprende situazioni giuridiche differenti da quelle tutelate dinanzi al g.a. o, comunque, ipotesi peculiari di legittimazione *ex lege*”⁹²¹.

ad una lesione potenziale della situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio. Pertanto, non molto dissimile da quanto attualmente affermato dal rito superspeciale che ha anticipato la soglia di tutela. E, come ha rilevato S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo: studio sull’effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004, 114, l’anticipazione della soglia di tutela giurisdizionale incide anche sulla legittimazione ad agire, ampliando il novero dei soggetti legittimati. Ritiene che il dato normativo processuale derivante dall’art. 1, par. 3, della direttiva ricorsi non sia stato adeguatamente valutato S. D’ANCONA, *Riflessioni sul rapporto tra ricorso principale e incidentale alla luce della direttiva ricorsi*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2013, 37. Aggiunge sul punto S. TRANQUILLI, *La contestazione della decisione di ammissione e aggiudicazione nell’evoluzione del contenzioso sui contratti pubblici*, AIPDA - PAPER CONVEGNO ANNUALE AIPDA 2017, che secondo l’interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia le direttive ricorsi non hanno individuato un preciso momento della gara a partire dal quale “gli Stati membri devono garantire la possibilità di proporre un ricorso contro le ‘decisioni’ adottate dalle stazioni appaltanti”. Difatti, specifica sul punto Corte di Giustizia, sez. IV, 5 aprile 2017, C-391/15, *Marina del Mediterraneo*, chiamata a pronunciarsi sulla questione di compatibilità di una normativa spagnola di settore con le direttive ricorsi sollevata dal *Tribunal Superior de Justicia de Andalucía*, che “sebbene la direttiva 89/665 non abbia formalmente previsto il momento a partire dal quale è garantita la possibilità di proporre un ricorso prevista al suo articolo 1, paragrafo 1, l’obiettivo di detta direttiva, indicato al punto precedente, non autorizza gli Stati membri a subordinare l’esercizio del diritto di ricorso al fatto che la procedura di appalto pubblico di cui trattasi abbia formalmente raggiunto una fase determinata”, come quella dell’aggiudicazione. Aggiunge l’Autrice, nel commentare un passo successivo della suddetta pronuncia, che la Corte di Giustizia Ue “subordina l’ammissibilità dell’impugnazione oltre che all’esistenza di un interesse all’aggiudicazione, soprattutto al riscontro di una lesione che derivi non dalla (sola) violazione della normativa UE, ma direttamente dall’ammissione dell’altro partecipante alla gara”. Inoltre, poiché l’art. 1, par. 3, della direttiva ricorsi ha solo voluto introdurre uno *standard* minimo di tutela suscettibile di aumento da parte degli Stati membri e gli ultimi approdi della Corte di Giustizia hanno determinato un ampliamento del novero dei soggetti legittimati a ricorrere, la disciplina del rito superspeciale appare incompatibile con la normativa europea, perché impedisce al ricorrente che non abbia previamente impugnato l’atto di ammissione ed esclusione di impugnare successivamente il provvedimento di aggiudicazione neanche al fine di determinare la ripetizione della gara.

⁹¹⁹ A. CARBONE, *L’accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici. Sull’art. 120, co. 2 bis, c.p.a. e ancora sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente, op. cit.*

⁹²⁰ A. CARBONE, *L’accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici. Sull’art. 120, co. 2 bis, c.p.a. e ancora sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente, op. cit.*

⁹²¹ Ancora A. CARBONE, *L’accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici. Sull’art. 120, co. 2 bis, c.p.a. e ancora sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente,*

In altri termini, il rito superspécial si inserisce in quella tendenza recente del legislatore nel creare modelli processuali differenziati che si sviluppano in parallelo al processo amministrativo di natura soggettiva⁹²².

3.4. *La legitimación procesal nell'ordinamento spagnolo.*

L'ordinamento spagnolo stabilisce che sono legittimati ad agire i soggetti titolari di una posizione giuridica di diritto soggettivo e di interesse legittimo, secondo quanto disposto dall'art. 24 della Costituzione spagnola⁹²³, che ricevano dall'accoglimento del ricorso un vantaggio anche indiretto potendo consistere anche in un'utilità morale.

Dunque, affinché ci sia "*legitimación procesal*" dall'atto oggetto di impugnazione deve derivare una lesione alla situazione giuridica soggettiva del ricorrente che sia personale, concreta ed attuale, non potenziale od ipotetica⁹²⁴. La legittimazione ad agire in Spagna sembra corrispondere alla nostra categoria giuridica dell'interesse a ricorrere.

Con specifico riguardo alla legittimazione ad agire nelle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici è necessario premettere che la Spagna ha dato attuazione alla direttiva 2007/66/CE attraverso la legge 5 agosto 2010, n. 34⁹²⁵ e, dunque, con il *Real Decreto Legislativo* 14 novembre 2011, n. 3, che ha modificato la c.d. "*Ley de Contratos del Sector Público*"⁹²⁶, la L. 30 ottobre 2007, n. 30, trasponendo la relativa disciplina del *recurso especial en materia de contratos*

op. cit. Per le ipotesi di legittimazione *ex lege* cfr., in generale, P. DURET, *La legittimazione ex lege nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 40 ss.

⁹²² Cfr. più ampiamente A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, *op. cit.*, 423 ss.

⁹²³ Ebbene con la Costituzione spagnola del 1978 si è chiarito che la giurisdizione amministrativa ha carattere soggettivo. Cfr. più ampiamente sul punto E. GARCÍA DE ENTERRÍA - T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, Cizur Menor (Navarra), 2011, II, 605, secondo cui la riforma costituzionale spagnola "*ha hecho claro, así como obligado, que todo el recurso contencioso-administrativo sea estrictamente subjetivo*". Coerentemente con quanto statuito dalla Costituzione, riguardo alla legittimazione ad agire l'art. 19 della *Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* del 1998, recita: "*Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo ... las personas físicas o jurídicas que ostente un derecho o interés legítimo...*". E nel prosieguo si legge "*para ser parte en un concreto proceso ... se necesita (salvo en los casos excepcionales de acción popular ...) estar legitimado activamente, es decir, encontrarse en una determinada relación previa con un acto o disposición administrativa...*". Cfr. sul punto M. GIOVAZZI, *La legittimazione processuale nel contenzioso sugli appalti pubblici e l'effettività del diritto europeo: un (falso) problema di convivenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 1051 ss., spec. 1064 ss.

⁹²⁴ Cfr. Audiencia Nacional, Juzgado Central Contencioso-Administrativo n. 6, sentenza 22/3/2011, n. 98, in *www.poderjudicial.es.*, ove si legge: "*una relación material univoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados) de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto*"..., *debiendo entenderse tal relación referida a un interés sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético)*".

⁹²⁵ Cfr. J.A. RAZQUIN LIZARRAGA, *El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la ley de contratos del sector público*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, 2010, 11, il quale affronta le problematiche riguardanti l'adeguamento dell'ordinamento spagnolo alla direttiva 2007/66/CE.

⁹²⁶ Di seguito definita LCSP.

*públicos*⁹²⁷ nel Libro I, Titolo I, Capitolo VI, agli artt. 40 e ss. L. n. 30 del 2007. Si tratta di un rimedio amministrativo paragiurisdizionale, alternativo al ricorso giurisdizionale, esperibile dinanzi ad un organo amministrativo indipendente, quale il *Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*⁹²⁸, istituito con la legge n. 34 del 2010.

Per quanto concerne la legittimazione ad agire⁹²⁹ l'art. 42 LCSP stabiliva che potevano proporre il *recurso especial en materia de contratación* tutte le persone fisiche o giuridiche i cui diritti o interessi legittimi siano stati lesi o possano essere pregiudicati dalle decisioni oggetto del ricorso⁹³⁰. Riguardo alle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici la giurisprudenza spagnola è orientata nel ritenere legittimato ad impugnare un atto delle procedure di affidamento, quale ad esempio un provvedimento di aggiudicazione, unicamente il partecipante alla gara che può ottenere un vantaggio dall'accoglimento del ricorso. Negli altri casi la legittimazione processuale è esclusa, non essendo ammissibile un ricorso da parte di chi agisce per la tutela della legalità e non per far valere il proprio interesse personale all'ottenimento dell'aggiudicazione o che possa almeno avere una *chance* di aggiudicarsi l'appalto attraverso la rinnovazione della procedura. In altri termini, è legittimato ad impugnare l'atto di aggiudicazione anche il partecipante che vanti un mero interesse alla rinnovazione della procedura di gara.

Dunque, la giurisprudenza iberica, partendo dai medesimi principi elaborati anche dalla giurisprudenza italiana, secondo cui, in linea generale, può impugnare un atto della procedura di gara solo chi vi abbia partecipato ed abbia almeno un interesse strumentale alla rinnovazione della gara, arriva ad estendere la legittimazione ad agire anche a quell'impresa titolare di una mera aspettativa giuridicamente non rilevante “di operare nel medesimo *ámbito mercantil* di quello su

⁹²⁷ Per la disciplina del ricorso speciale in materia di contratti pubblici cfr. P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, *El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena administración*, in *Las vías administrativas de recurso a debate: Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Zaragoza, 5 e 6 febbraio 2016, coordinato da F. LÓPEZ RAMÓN, 2016, 233 ss.

⁹²⁸ Tali Tribunali sono stati creati per dare attuazione alle disposizioni della direttiva 2007/66/CE che fanno riferimento ad un “organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice”. Tuttavia, qualche autore dubita dell'indipendenza ed imparzialità dei vari Tribunali sui ricorsi contrattuali. Cfr. sul punto N. GONZÁLEZ – D. DOMÍNGUEZ, *La organización, el caballo de Troya de la independencia de los tribunales administrativos de contratación*, in *Actualidad administrativa*, 2017, 48 ss. Per maggiori dettagli sulla natura e sulla funzione dei Tribunali *de quibus* cfr. M. PULIDO QUECEDO, *Competencias y legitimación ante el tribunal administrativo central de recursos contractuales (tacreco): especial consideración de los supuestos de nulidad contractual*, in *Revista Documentación Administrativa*, 2010, 65 ss.

⁹²⁹ Cfr. sul punto T. CANO CAMPOS, *La legitimación especial en el contencioso-administrativo de la contratación*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, 2014, 1 ss.

⁹³⁰ Rileva S. Díez Sastre, *El recurso especial en materia de contratación pública*, in *Anuario de Derecho Municipal*, 2011, 127 ss., che la legittimazione ad agire secondo la normativa spagnola di recepimento della direttiva 2007/66/CE corrisponde, letteralmente, a quanto stabilito sull'argomento dalla direttiva medesima. Si ricordi quanto disposto dal considerando 17 della direttiva 2007/66/CE, secondo cui: “una procedura di ricorso dovrebbe essere accessibile almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere stato leso a causa di una presunta violazione”.

cui incide la gara”⁹³¹. La giurisprudenza spagnola milita a favore di una più ampia nozione di legittimazione ad agire.

Tale nozione si amplia maggiormente a seguito del recepimento delle direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE⁹³² ad opera della legge 8 novembre 2017, n. 9, il cui art. 48 disciplina la legittimazione ad agire⁹³³ nell’ambito del *recurso especial en materia de contratación*⁹³⁴. Il detto art. 48, al comma 1, stabilisce che può proporre ricorso speciale in materia di contratti pubblici qualsiasi persona fisica o giuridica i cui diritti o interessi legittimi, individuali o collettivi, siano stati pregiudicati o possano essere lesi, in maniera diretta od indiretta, dall’atto oggetto di impugnazione.

Tuttavia, un sensibile ampliamento della legittimazione ad agire si desume dalla lettura dell’art. 48, co. 2, L. n. 9 del 2017, che estende tale legittimazione alle organizzazioni sindacali quando

⁹³¹ Per richiami dottrinali e giurisprudenziali cfr. sul punto M. GIOVAZZI, *La legittimazione processuale nel contenzioso sugli appalti pubblici e l’effettività del diritto europeo: un (falso) problema di convivenza*, op. cit., 1071 ss.

⁹³² Sulla trasposizione delle tre direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE, in Spagna, cfr. M.M. RAZQUIN LIZARRAGA, *Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España*, in *Revista de Administración Pública*, 2015, 97 ss.

⁹³³ Già prima che intervenisse la legge del 2017, J.M. GIMENO FELIU, *La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación Española. Una visión desde la perspectiva de la integridad*, Relazione presentata al X Congresso dell’Associazione spagnola dei Professori di diritto amministrativo (AEPDA), Madrid, 6 febbraio 2015, afferma che, anche in assenza di un’azione pubblica, la legittimazione ad agire deve essere ampia per dare attuazione alle disposizioni della direttiva 2007/66/CE che impongono di correggere le violazioni della normativa comunitaria e di predisporre rimedi che contrastino efficacemente le aggiudicazioni illegittime e, dunque, per salvaguardare i principi di sicurezza giuridica e prevedibilità, di fondamentale importanza in un settore come quello dei contratti pubblici.

⁹³⁴ Il *recurso especial en materia de contratación pública* la cui disciplina era contenuta agli artt. 40 e ss. LCSP, a seguito del recepimento delle direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE, viene disciplinato agli artt. 44 e ss. della legge 8 novembre 2017, n. 9. Secondo J.M. GIMENO FELIU, «*La nueva Ley de Contratos del Sector Público: una ventana de oportunidad para recuperar el liderazgo institucional público con y desde la contratación pública*», in www.obcp.es; H. VILLAREJO GALENDE - A. CALONGE VELÁZQUEZ, *Las principales novedades de la nueva ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público*, in *Revista jurídica de Castilla y León*, 2018, 51 ss., la nuova normativa supera alcuni profili critici che connotavano la precedente disciplina dell’istituto *de quo*. Difatti, viene ampliata la categoria degli atti impugnabili con ricorso speciale ed estesa la sua applicazione ai contratti di importo inferiore rispetto a quello armonizzato. L’estensione dell’ambito applicativo del ricorso speciale è molto rilevante, in quanto, a parere di J.M. Gimeno Feliu, consente di superare la concezione del ricorso *de quo* come un aggravio burocratico, una spesa non necessaria, e trasformarsi in uno strumento che permetta una migliore trasparenza attraverso un sistema di controllo preventivo che sia effettivamente utile, rapido ed indipendente, ossequioso del diritto ad una buona amministrazione e non delle prerogative dell’amministrazione aggiudicatrice. La riduzione delle soglie che legittimano il ricorso all’istituto in parola rappresenta, secondo l’Autore, l’inizio di un processo che porta all’estensione del ricorso speciale a qualsiasi contratto, a prescindere dall’importo. Inoltre, come rilevava R.C. CANCIO, *Incidencia en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los nuevos procedimientos previstos en el texto refundido de la ley de contratos del sector público, en la ley de garantía de la unidad de mercado y en la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, in *Revista jurídica de Castilla y León*, 2015, 10 ss., tra i profili critici a cui si esponeva l’istituto in esame si annoverava il suo carattere facoltativo, vale a dire il ricorrente poteva scegliere se proporre il ricorso speciale, ovvero prediligere la via giurisdizionale. Tuttavia, tale scelta non era priva di conseguenze per il partecipante alla gara - ricorrente, il quale risultava essere meno tutelato qualora avesse scelto la via giurisdizionale, dal momento che la sospensione degli effetti del provvedimento di aggiudicazione si produceva automaticamente solo se si attivava il ricorso amministrativo (il *recurso especial*). Tale inconveniente è oggi superato in quanto, a seguito dell’introduzione della legge 8 novembre 2017, n. 9, il ricorso speciale assume carattere obbligatorio e deve, pertanto, essere necessariamente esperito prima di intraprendere la via giurisdizionale. Ebbene, essendo il ricorso speciale l’unico rimedio che consente la sospensione automatica degli effetti dell’atto di aggiudicazione ed essendo attualmente obbligatorio, il partecipante-ricorrente che decide di impugnare il provvedimento di aggiudicazione ottiene la sospensione automatica dei suoi effetti. Per maggiori dettagli sulla nuova disciplina del ricorso speciale cfr. J.A. RAZQUIN LIZARRAGA, *El recurso especial en materia de contratación en la nueva ley de contratos del sector público*, in *Revista española de derecho administrativo*, 2018, 149 ss.

possa fondatamente dedursi che gli atti oggetto di impugnazione violino gli obblighi sociali o lavorativi relativi all'esecuzione del contratto posti a favore dei lavoratori che partecipano alla realizzazione della prestazione. In ogni caso, è anche espressamente riconosciuta la legittimazione a ricorrere alle organizzazioni professionali settoriali rappresentative degli interessi collettivi lesi dall'atto impugnato.

4. L'incompatibilità comunitaria dell'art. 120, co. 2-bis e 6-bis, c.p.a.: l'ordinanza del Tar Piemonte n. 88 del 2018 di rimessione della questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

L'introduzione dell'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione alla gara ha determinato un fervido dibattito non solo dottrinale ma anche giurisprudenziale. Sul punto la giurisprudenza amministrativa si è divisa tra chi ha ravvisato dubbi di legittimità costituzionale e compatibilità comunitaria dell'art. 120, co. 2-bis, c.p.a.⁹³⁵ e chi, invece, ha ritenuto la normativa conforme al dettato costituzionale⁹³⁶.

I profili critici individuati dalla gran parte della dottrina riguardo alla disciplina del c.d. rito "superspeciale" hanno indotto alcuni Tar a sollevare la questione, rispettivamente, di compatibilità comunitaria e di legittimità costituzionale dell'art. 120, co. 2-bis, 6-bis, c.p.a., dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e alla Corte Costituzionale italiana.

Ebbene, il Tar Piemonte con l'ordinanza n. 88 del 2018⁹³⁷, ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale al fine di verificare la compatibilità della disciplina prevista dall'art. 120, co. 2-bis e 6-bis, c.p.a. e 29, co. 1, d.lgs. n. 50 del 2016 con quella europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela *ex artt.* 6 e 13 CEDU, 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, 1 e 2 della direttiva 2007/66/CE.

⁹³⁵ Cfr., tra gli altri, Tar Campania, Napoli, sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852; Tar Puglia, Bari, sez. III, 8 novembre 2016, n. 1262.

⁹³⁶ Tar Lazio, Roma, sez. II, 17 luglio 2017, n. 8577, la quale utilizza gli stessi argomenti esposti da 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)*, op. cit.; L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, op. cit., 611, secondo cui non si tratta di una giurisdizione oggettiva e, pertanto, non si ha una violazione degli artt. 24 e 113 Cost., in quanto, *in primis*, si ammette l'introduzione di un interesse strumentale di nuovo conio alla legittima formazione della platea dei concorrenti che non comporta una trasfigurazione delle caratteristiche dell'interesse a ricorrere.

⁹³⁷ Tar Piemonte, ord., sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88, annotata da M. VIOLA, *Alla Corte di Giustizia l'onere di immediata impugnazione previsto dall'art. 120, co. 2 bis, C.p.a., op. cit.*; D. FAVARA, *Il rito super-accelerato in materia di appalti è compatibile alla normativa europea?*, in www.ildirittoamministrativo.it; A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Il rito superaccelerato al vaglio della Corte di Giustizia*, in www.appaltiecontratti.it. In senso critico rispetto alla soluzione adottata dal Tar Piemonte si esprime S. TADDEUCCI, *L'art. 120 comma 2 bis del CPA dinanzi alla Corte di Giustizia: dubbi sulla fondatezza della questione*, in www.italiappalti.it

Il Tar Piemonte in via preliminare condivide le criticità espresse da una parte della dottrina⁹³⁸ secondo cui l'onere di impugnare immediatamente il provvedimento di ammissione impone al ricorrente “un onere inutile al fine dell'interesse finale perseguito da chi partecipa, cioè l'aggiudicazione dell'appalto”⁹³⁹.

Inoltre, qualora nessun concorrente impugni l'atto di ammissione dell'impresa che risulti poi essere l'aggiudicatario, il provvedimento di aggiudicazione a favore dell'impresa medesima non potrà più essere impugnato, operando la preclusione processuale *ex art. 120, co. 2-bis, c.p.a.*, con la conseguenza che non potrà essere contestata un'aggiudicazione illegittima per vizi relativi al provvedimento di ammissione. Paradossalmente, potrebbe risultare aggiudicatario l'impresa priva dei requisiti soggettivi di partecipazione⁹⁴⁰.

Ebbene, non solo l'impugnazione immediata dell'atto di ammissione impone un onere inutile e gravoso al concorrente che, a causa del breve termine decadenziale e soprattutto dell'ingente contributo unificato da versare, è scoraggiato dal proporre ricorso con un evidente *vulnus* del diritto di azione e di difesa garantito agli artt. 24, 103 e 113 Cost.⁹⁴¹, ma la violazione del dettato costituzionale si registra anche per altra via.

Difatti, il concorrente che ha ommesso di impugnare l'atto di ammissione del partecipante alla gara che, per ipotesi, diventa poi l'aggiudicatario, non potrà più impugnare l'atto di aggiudicazione per effetto della preclusione processuale *ex art. 120, co. 2-bis, c.p.a.* In tal caso si ha una violazione dell'art. 113, co. 2, Cost., secondo cui la tutela giurisdizionale “non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti”, in quanto si vieta al

⁹³⁸ Cfr., fra gli altri, E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, *op. cit.*, 889 ss.; M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, *op. cit.*, 14 ss.

⁹³⁹ Cfr. Tar Piemonte, ord., sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88. Si tratta a parere del Tar Piemonte di un onere inutile dal momento che, com'è stato rilevato nei paragrafi precedenti, il ricorrente impugna il provvedimento di ammissione di un altro concorrente che potrebbe non risultare l'aggiudicatario e, inoltre, lo stesso ricorrente potrebbe non essere l'aggiudicatario finale, così da non avere nel prosieguo della gara alcun interesse a contestare l'aggiudicazione. Cfr. sul punto E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, *op. cit.*, 889 ss.

⁹⁴⁰ Si tratta di un profilo critico già rilevato da Tar Lazio, Roma, sez. III *quater*, 22 agosto 2017, n. 9379.

⁹⁴¹ Osserva M.A. SANDULLI, *A Consulta e Ue l'impugnazione delle ammissioni alle gare*, in www.quotidianoentilocali.ilsole24ore.com, che i partecipanti alla gara “vengono ingiustamente costretti ad anticipare il ricorso al Tar contro le altrui ammissioni (a pena di vederselo definitivamente precluso) a prescindere dal fatto che esse siano o meno idonee a ledere i loro interessi: idoneità lesiva valutabile solo all'esito della formazione della graduatoria e, per quest'ultimo, solo a fronte di eventuali ricorsi nei suoi confronti”. Viene, così, “minato uno dei tradizionali capisaldi del diritto (costituzionalmente garantito) a una tutela giurisdizionale equa ed effettiva contro tutti gli atti della pubblica amministrazione e dei soggetti a essa equiparati: il diritto a (e, generalmente, l'obbligo di) contestare un atto potenzialmente lesivo di un proprio interesse giuridico solo quando tale lesione diventa attuale e concreta e la decisione chiesta al giudice è suscettibile di arrecare un reale vantaggio al richiedente”. Aggiunge l'Autrice che il pregiudizio arrecato al ricorrente risulta ancora più grave se si considera l'onerosità dei ricorsi avverso gli atti delle procedure di affidamento sia “sotto il profilo temporale (30 giorni contro gli ordinari 60 o 120), che sotto quello economico (l'iscrizione a ruolo costa dai 2000 ai 6000 euro per il solo ricorso al Tar di primo grado e per ogni eventuale ulteriore domanda ivi successivamente introdotta, aumentati del 50% per eventuali, ma purtroppo verosimili impugnazioni e, se i vizi delle altrui ammissioni sono, come di norma accade, diversi, moltiplicati per ogni concorrente ammesso)”.

ricorrente che non abbia previamente impugnato l'atto di ammissione o esclusione di un altro concorrente di far valere i vizi relativi a tali atti allorquando si contesterà il provvedimento di aggiudicazione⁹⁴².

Ma vi è di più. Sembra che l'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a. abbia introdotto un'ulteriore ipotesi di non annullabilità di un provvedimento amministrativo illegittimo, *id est* l'aggiudicazione, che si aggiunge a quelle previste dall'art. 21-*octies* L. n. 241 del 1990⁹⁴³. In altri termini, i vizi relativi alla fase della verifica dei requisiti soggettivi di partecipazione alla gara se non contestati immediatamente non sono più contestabili nelle fasi successive della procedura di gara. Pertanto, anche qualora il provvedimento di aggiudicazione sia illegittimo per vizi relativi alla fase delle ammissioni-esclusioni, ma il ricorrente non abbia previamente impugnato nel breve termine di decadenza di trenta giorni l'atto di ammissione od esclusione viziato, il provvedimento di aggiudicazione non può essere annullato dal g.a.

Di conseguenza si ha un atto illegittimo ma non annullabile. S'introduce per questa via un'ulteriore tipologia di vizi non invalidanti che creano una dissociazione tra le categorie giuridiche dell'illegittimità e dell'annullabilità.

Il Tar Piemonte dopo aver ricordato gli orientamenti giurisprudenziali che ritengono la normativa in esame conforme al dettato costituzionale e quelli che, invece, ne ravvisano un contrasto, si pone sulla scia di quest'ultimo indirizzo interpretativo e spiega le ragioni per cui ritiene l'art. 120, co. 2-

⁹⁴² Difatti, come osserva E. FOLLIERI, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2005, 625 ss., ai sensi dell'art. 113, co. 2, Cost., sono da "ritenere costituzionalmente illegittime non solo le norme che escludano l'impugnativa giurisdizionale di provvedimenti amministrativi, ma anche le norme che limitino l'impugnativa a taluni vizi soltanto". Cfr., in senso analogo, P. LAZZARA, *Annulabilità e annullamento (dir. amm.)*, in *www.treccani.it*, secondo cui "il dettato costituzionale lascia intendere che il regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo non possa essere considerato nella piena disponibilità del legislatore ordinario; quest'ultimo, invero, non può limitare o condizionare le possibilità di ricorso né modulare la tutela giurisdizionale riducendo i vizi di legittimità o modificando le modalità del sindacato". Cfr. più ampiamente sul punto A. ROMANO, *Art. 26, t.u. Cons. St. (r.d. 26 giugno 1924, n. 1054)*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di A. ROMANO – R. VILLATA, III ed., Padova, 2009, 1150 ss. Ritengono che l'art. 21-*octies* compori una riduzione della rilevanza dei vizi di legittimità oltre a E. FOLLIERI, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, *op. cit.*, 625 ss., anche M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 573; F. FRACCHIA - M. OCCHIENA, *Articolo 21 octies, comma 2*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di N. PAOLANTONIO - A. POLICE - A. ZITO, Torino, 2006, 630 ss.

⁹⁴³ La letteratura sull'art. 21-*octies*, co. 2, L. n. 241 del 1990 è sterminata. Cfr., senza pretesa di esaustività, E. FOLLIERI, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, *op. cit.*, 625 ss.; L. FERRARA, *La partecipazione tra 'illegittimità' e 'illegalià'*. *Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 105 ss.; D. CORLETTI, *Vizi «formali» e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 7; A. ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. 241/90*, in *www.giustamm.it*; E. SCHMIDT-ABMANN, *L'illegittimità degli atti amministrativi per vizi di forma del procedimento e la tutela del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2011, 474; E. PICOZZA, *La nuova legge sull'azione e sul procedimento amministrativo. Considerazioni generali. I principi di diritto comunitario e nazionale*, in *Cons. St.*, 2005, II, 1433; M. D'ORSOGNA, *Articolo 21 octies, comma 1*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di N. PAOLANTONIO - A. POLICE - A. ZITO, *cit.*, 605 ss.; D. MARRAMA, *Brevi riflessioni sul tema dell'irregolarità e dell'invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 364; A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*, in *Urb. e app.*, 2011, 937; G. BERGONZINI, *Art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007, 258.

bis, c.p.a. incompatibile anche con il principio di effettività sostanziale della tutela giurisdizionale previsto a livello europeo.

A tal proposito richiama le disposizioni comunitarie che assume essere state violate: gli artt. 6 e 13 CEDU, disciplinanti il diritto ad un giusto ed effettivo processo⁹⁴⁴; l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che riconosce il diritto dell'individuo ad "un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice"⁹⁴⁵, e l'art. 1 della direttiva ricorsi che collega il principio di effettività della tutela delle "posizioni soggettive di derivazione europea in materia di appalti alla nozione di interesse, là dove impone agli Stati membri di apprestare un sistema di giustizia che garantisca un utile accesso a "chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere stato leso a causa di una presunta violazione".

Dalla lettura della suddetta disposizione il Tar rimettente desume che il bene della vita è costituito dall'aggiudicazione e che il principio di effettività impone che l'azione sia volta a soddisfare tale interesse. Inoltre, l'interesse a ricorrere deve essere attuale e concreto, in quanto il ricorrente deve avere e conservare un interesse all'aggiudicazione al momento della proposizione del ricorso⁹⁴⁶. Pertanto, contrasta con il principio di effettività della tutela una normativa che imponga al ricorrente di impugnare un provvedimento prima che la lesione concreta ed attuale da esso causata alla sua situazione giuridica soggettiva diventi "reale ed effettiva"⁹⁴⁷. Inoltre, il principio di effettività risulta violato anche perché il ricorrente non ricava alcun effettivo vantaggio dall'impugnazione degli atti *de quibus*⁹⁴⁸.

⁹⁴⁴ A parere di Tar Piemonte, ord., sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88, gli artt. 6 e 13 CEDU riconoscono il diritto ad un giusto ed effettivo processo, "sotto il profilo sostanziale, garantendo una tutela attraverso un'adeguata qualificazione della situazione giuridica soggettiva da proteggere e una tutela processuale attraverso le tre componenti fondamentali del principio di effettività: pienezza e completezza della tutela e ragionevole durata del processo". Per maggiori dettagli su tali disposizioni cfr. il Capitolo I della presente trattazione.

⁹⁴⁵ Già prima della rimessione della questione di compatibilità comunitaria alla Corte di Giustizia, M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti al diritto di difesa introdotti dal d.lgs. n. 50 del 2016 in contrasto con il diritto europolitano e la Costituzione*, in www.lamministrativista.it, nel valutare la compatibilità costituzionale e comunitaria dell'art. 120, co. 2-bis, c.p.a., rileva che la direttiva ricorsi nel 36° considerando afferma che essa "rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi "riconosciuti segnatamente nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea" e "mira in particolare a garantire il pieno rispetto del diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, conformemente all'art. 47, primo e secondo comma, di detta Carta". Dunque, a chiare lettere la direttiva ricorsi afferma di rispettare il principio di effettività della tutela giurisdizionale, così come previsto a livello comunitario.

⁹⁴⁶ È un'interpretazione dell'art. 1 della direttiva ricorsi fornita da Corte di Giustizia, Grande sezione, 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica*.

⁹⁴⁷ Tar Piemonte, ord., sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88.

⁹⁴⁸ Afferma Tar Piemonte, ord., sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88, "che il principio di effettività sostanziale non può dirsi rispettato quando la possibilità di contestare le decisioni delle amministrazioni giudicatrici sia affidata all'iniziativa di soggetti che non hanno alcuna garanzia di poter ricavare vantaggi materiali dal favorevole esito della controversia o che addirittura potrebbero correre il rischio di favorire propri concorrenti, come potrebbe accadere qualora il ricorso contro l'atto di ammissione alla gara sia stato proposto da uno dei concorrenti poi collocati in posizione non utile ai fini dell'aggiudicazione". Si tratta di profili critici già rilevati dalla dottrina, di cui si è discusso nei paragrafi precedenti della presente trattazione.

Ebbene, secondo l'ordinanza di rimessione l'art. 120, co. 2-bis, c.p.a. introduce un rito che è in linea con una giurisdizione di tipo obiettivo⁹⁴⁹, contraria ai principi comunitari che concepiscono il diritto di azione come diritto esercitabile dal solo soggetto titolare di un interesse attuale e concreto che nelle gare d'appalto coincide con la concreta possibilità di ottenere l'aggiudicazione o almeno ad avere una *chance* di ripetizione della gara.

L'innovazione legislativa anticipa la tutela giurisdizionale ad una fase procedimentale in cui non è ancora possibile "riconoscere in capo a ciascun concorrente un effettivo e concreto interesse (ed utilità) all'impugnativa"⁹⁵⁰. Inoltre, la disposizione in commento comporta anche un danno per l'impresa-ricorrente non solo di natura economica a causa dell'elevato importo del contributo unificato da versare per le plurime impugnazioni, "ma anche per la potenziale compromissione della propria posizione agli occhi della Commissione di gara della S.A., destinataria dei plurimi ricorsi, che è chiamata nelle more del giudizio a valutare l'offerta tecnica del ricorrente"⁹⁵¹.

Il Tar Piemonte accoglie l'opinione di quella parte della dottrina⁹⁵² secondo cui la norma *de qua* ha comportato una riduzione del contenzioso, tuttavia limitando, proporzionalmente, l'esercizio del diritto di azione e di difesa unitamente al sindacato del g.a. sulle gare pubbliche.

Inoltre, "per quanto possa estendersi la nozione di interesse processualmente rilevante fino a comprendervi l'accezione anche di un interesse strumentale alla rinnovazione della procedura, non possono certo ravvisarsi gli estremi della condizione dell'azione in una situazione in cui dall'accoglimento del ricorso non derivi neanche il limitato effetto dell'indizione di una nuova procedura"⁹⁵³.

Infine, l'art. 120, co. 2-bis, c.p.a. si pone anche in contrasto con il principio di proporzionalità⁹⁵⁴, secondo cui la normativa nazionale non deve eccedere "i limiti di ciò che è idoneo e necessario per il conseguimento degli scopi pur legittimamente perseguiti da ciascuno Stato" e il legislatore tra

⁹⁴⁹ Difatti, come già rilevato da attenta dottrina (cfr., fra gli altri, E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 889 ss.; M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, op. cit., 14 ss.), osserva Tar Piemonte, ord., sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88, che "il rito di cui all'art 120 co. 2 bis c.p.a. implica una tutela di tipo oggettiva, in cui l'azione non si configura caratterizzata da un interesse attuale del ricorrente e da una lesione concreta della sua situazione giuridica soggettiva. L'operatore economico è obbligato ad impugnare le ammissioni di tutti i concorrenti alla gara, senza sapere ancora chi sarà l'aggiudicatario e, parimenti, senza sapere se lui stesso si collocherà in graduatoria in posizione utile per ottenere e/o contestare l'aggiudicazione dell'appalto. Si impone quindi al concorrente di promuovere l'azione giurisdizionale senza alcuna garanzia che detta iniziativa possa garantirgli una concreta utilità, facendo carico anche all'operatore che abbia presentato un'offerta risultata poi non competitiva in esito alla selezione, di assumere gli oneri connessi all'esperimento immediato del giudizio, ossia di promuovere un ricorso inutile e non efficace".

⁹⁵⁰ Cfr. Tar Piemonte, ord., sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88.

⁹⁵¹ Tar Piemonte, ord., sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88.

⁹⁵² Cfr. ancora sul punto M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, op. cit., 14 ss.; E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 889 ss.

⁹⁵³ Tar Piemonte, ord., sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88.

⁹⁵⁴ Cfr. in argomento D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità (dir. amm.)*, in *www.treccani.it*; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, op. cit., 1 ss.

più misure appropriate deve scegliere quella “meno restrittiva e penalizzante” così da non risultare sproporzionata rispetto ai fini da raggiungere⁹⁵⁵.

Difatti, la misura scelta dal legislatore italiano per deflazionare il contenzioso non raggiunge il fine prefissato, in quanto, soprattutto per gli appalti di rilevante valore economico ove l'ingente importo del contributo unificato non rappresenta un onere eccessivamente gravoso, comporta una moltiplicazione piuttosto che una riduzione del contenzioso medesimo “con buona pace delle esigenze di celerità procedimentale”⁹⁵⁶ e di deflazione dei ricorsi giurisdizionali. D'altro canto, si tratta di una misura restrittiva e penalizzante per le p.m.i. che per gli appalti di non elevato importo sarebbero costrette ad ingenti esborsi finanziari che potrebbero disincentivare il ricorso al g.a., compromettendo enormemente l'esercizio del diritto di difesa garantito a livello costituzionale e comunitario.

Si avrebbe, inoltre, l'effetto paradossale di “costringere” il ricorrente ad impugnare un atto in un momento in cui l'interesse a ricorrere non sia concreto ed attuale, tuttavia, qualora non si sia provveduto a contestare immediatamente l'atto di ammissione-esclusione, quando la lesione diventa attuale, *id est*, quando interviene il provvedimento di aggiudicazione, si impedisce di esercitare il diritto di azione e di difesa⁹⁵⁷.

Conclude il Tar che, in tal modo, si rendono inattuabili aggiudicazioni illegittime e tale dato contrasta non solo con il dettato costituzionale, ma anche con l'esigenza sottesa a tutta la regolamentazione europea e nazionale in materia di appalti pubblici, vale a dire la possibilità di garantire che la gara si svolga nel rispetto della libertà di concorrenza, affinché tutte le imprese partecipanti concorrano in condizioni di parità e trasparenza. Tale principio viene violato, in quanto vi è la possibilità che l'appalto sia aggiudicato ad un soggetto che non aveva i requisiti soggettivi di partecipazione e non era, dunque, idoneo a vincere la competizione⁹⁵⁸.

In definitiva, la preclusione processuale *ex art.* 120, co. 2-*bis*, c.p.a. arreca un *vulnus* alla tutela della concorrenza e alla *ratio* delle direttive ricorsi, non potendosi rimediare a violazioni della normativa comunitaria e nazionale di recepimento in un momento in cui tali violazioni possono

⁹⁵⁵ Difatti, il principio di proporzionalità si fonda su tre elementi: l'idoneità, la necessità e la proporzionalità in senso stretto. Sotto quest'ultimo profilo l'immediata impugnazione del provvedimento di ammissione alla gara non appare né idoneo e né necessario. È orientamento consolidato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia che secondo il principio di proporzionalità “qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere a quella meno restrittiva e penalizzante, in modo che gli inconvenienti causati dalle stesse misure non siano sproporzionati rispetto ai fini da raggiungere”. Cfr. sul punto Corte di Giustizia, 12 luglio 2001, C-189/01; Id., 12 settembre 2013, n. 660.

⁹⁵⁶ Tar Piemonte, ord., sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88.

⁹⁵⁷ Afferma a riguardo Tar Piemonte, ord., sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88, che “risulta netto il contrasto con il principio di effettività sostanziale della tutela assicurata dalla direttiva recepita (89/665), laddove prevede una decadenza di motivi ricorsuali deducibili nel momento in cui l'esigenza di tutela soggettiva diviene concreta ed attuale, cioè con l'aggiudicazione”.

⁹⁵⁸ È evidente che si tratta di una competizione che non è avvenuta correttamente.

ancora essere corrette, dal momento che non è possibile annullare, per taluni vizi, provvedimenti illegittimi.

4.1. (Segue) Dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 120, co. 2-bis, primo e secondo periodo, c.p.a.: le ordinanze di rimessione della questione di incostituzionalità alla Consulta.

Sull'art. 120, co. 2-bis, c.p.a. erano già stati sollevati, come accennato, dubbi di legittimità costituzionale anche da una parte della giurisprudenza amministrativa⁹⁵⁹ che, però, non aveva rimesso la questione alla Consulta dal momento che nei casi decisi mancava il requisito della "rilevanza della questione"⁹⁶⁰.

Di recente il Tar Puglia, sede di Bari, con due diverse ordinanze⁹⁶¹ ha rimesso al Giudice delle leggi la questione di legittimità costituzionale dell'art. 120, co. 2-bis, primo e secondo periodo, c.p.a., per contrasto con gli artt. 3, co. 1, 24, co. 1 e 2, 103, co. 1, 111, co. 1 e 2, 113, co. 1 e 2, 117, co. 1, Cost. e 6 e 13 CEDU.

Con le ordinanze in commento il Tar pugliese passa in rassegna molti profili critici già individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa. Se il Tar Piemonte, con l'ordinanza 17 gennaio 2018, n. 88, ha sollevato la questione di compatibilità comunitaria dell'art. 120, co. 2-bis, c.p.a., limitatamente alla parte che impone l'onere di immediata impugnazione delle ammissioni, per contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale a livello europeo; il Tar Puglia, Bari, rileva, invece, la possibile violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale nella sua dimensione costituzionale⁹⁶².

Sulla scia di quanto asserito da attenta dottrina in entrambe le ordinanze si ritiene che la disposizione in commento contrasti con il principio di effettività della tutela giurisdizionale (artt. 3, co. 1, 24, co. 1 e 2, 103, co. 1, 111, co. 1 e 2, e 113, co. 1 e 2, Cost.), in quanto impone al ricorrente⁹⁶³ di impugnare "un atto per sua natura non immediatamente lesivo", *ergo*, non immediatamente ed autonomamente impugnabile⁹⁶⁴.

⁹⁵⁹ Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852; Tar Puglia, Bari, sez. III, 8 novembre 2016, n. 1262.

⁹⁶⁰ Cfr. sul punto I. LAGROTTA, *Il rito «super accelerato» in materia di appalti tra profili di (in)compatibilità costituzionale e conformità alla normativa comunitaria*, op. cit., 23.

⁹⁶¹ Cfr. Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 giugno 2018, n. 903, annotata da S. TRANQUILLI, *Rito superspeciale: giro di boa verso la Corte Costituzionale per l'onere di impugnazione immediata delle ammissioni*, in www.lamministrativista.it, nonché Id., 20 luglio 2018, n. 1097.

⁹⁶² Nelle due ordinanze menzionate il Tar pugliese riprende molti profili critici già segnalati da Tar Piemonte, ord., sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88.

⁹⁶³ Onde evitare di incorrere nella preclusione processuale di cui all'art. 120, co. 2-bis, secondo periodo, c.p.a. in caso di omessa tempestiva impugnazione dell'atto di ammissione.

⁹⁶⁴ Cfr. Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 giugno 2018, n. 903; Id., 20 luglio 2018, n. 1097, secondo cui: "La *ratio* perseguita dal legislatore, con disposizione di portata certamente innovativa per quanto concerne le ammissioni, va ravvisata in sostanza nella celere definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione in

Dunque, innovando ad una giurisprudenza consolidata che riteneva impugnabile solo l'atto di esclusione⁹⁶⁵, l'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a., stabilisce *ex lege* "che esclusioni ed ammissioni sono atti endoprocedimentali dotati di immediata lesività e, conseguentemente, necessitanti di immediata impugnazione", anche in carenza di un'effettiva lesione ed utilità concreta⁹⁶⁶.

Al contrario, a parere delle ordinanze di rimessione l'onere di immediata impugnazione del provvedimento di ammissione non è in linea con le caratteristiche dell'interesse a ricorrere *ex art.* 100 c.p.c., in quanto si tratta di un atto che non comporta una lesione personale, concreta ed attuale, ma solo potenziale, dell'interesse del ricorrente. Inoltre, l'eventuale sentenza di merito favorevole non apporterebbe al ricorrente medesimo alcuna concreta utilità⁹⁶⁷.

modo tale da individuare in modo certo e non più discutibile la platea dei soggetti ammessi in gara in un momento antecedente rispetto all'esame delle offerte ed alla conseguente aggiudicazione".

⁹⁶⁵ Cfr., fra le altre, Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2015, n. 856.

⁹⁶⁶ Si legge, difatti, nelle due ordinanze del Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 giugno 2018, n. 903; Id., 20 luglio 2018, n. 1097, che: "pertanto, sul punto specifico dell'onere di immediata impugnazione del provvedimento di esclusione si può ritenere che l'art. 120, comma 2 bis, primo periodo cod. proc. amm. non abbia portata innovativa rispetto al precedente quadro normativo come interpretato dalla giurisprudenza amministrativa dell'epoca".

⁹⁶⁷ Affermano Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 giugno 2018, n. 903; Id., 20 luglio 2018, n. 1097, che "All'opposto, la questione di compatibilità costituzionale (alla stregua dei menzionati artt. 3, comma 1, 24, commi 1 e 2, 103, comma 1, 111, commi 1 e 2 e 113, commi 1 e 2 Cost.) si pone con riferimento ad una previsione legislativa (certamente innovativa rispetto al quadro normativo e giurisprudenziale antecedente) generale ed astratta (rectius art. 120, comma 2 bis, primo e secondo periodo cod. proc. amm. sul punto dell'onere di immediata impugnazione delle ammissioni, questione rilevante nella vicenda in esame), previsione che attribuisce in via preventiva natura lesiva ad un atto tipicamente endoprocedimentale (i.e. specificamente le ammissioni), la cui impugnazione è priva, per sua natura, di utilità concreta ed attuale per un partecipante (quale l'odierna ricorrente La Cascina Global Service s.r.l.) che ancora (i.e. nel momento in cui è costretto - in forza della contestata disposizione - alla proposizione del ricorso giurisdizionale) ignora l'esito finale della procedura selettiva. L'inosservanza del citato onere comporta - come detto - l'incorrere, della parte inerte, nella preclusione di cui al secondo periodo del comma 2 bis ("L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale"), con conseguente declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione definitiva da parte di chi (come l'impresa La Cascina) ha omesso di impugnare tempestivamente l'ammissione dell'aggiudicataria Novability. Il sistema processuale previgente, come interpretato dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14.4.2008, n. 1600 in precedenza menzionato), precludeva, infatti, l'impugnazione immediata delle ammissioni in quanto atti endoprocedimentali privi di immediata lesività. La nuova disposizione (art. 120, comma 2 bis, primo e secondo inciso cod. proc. amm.), introdotta dal dlgs n. 50/2016, ribalta, con specifico riferimento ai provvedimenti di ammissione, l'orientamento precedente ed espressamente impone l'onere di immediata impugnazione delle citate ammissioni (pena altrimenti l'incorrere nelle conseguenze sfavorevoli sopra indicate), contemplando un rito speciale ed accelerato (comma 6-bis) per dette controversie in materia di appalti. Detto onere di immediata impugnazione giurisdizionale delle ammissioni è, pertanto, in contrasto con il principio fondamentale desumibile dall'art. 100 del codice di procedura civile (ed applicabile anche al processo amministrativo in forza del rinvio esterno di cui all'art. 39 cod. proc. amm.) della necessità, quale condizione dell'azione, della esistenza di un interesse ad agire concreto ed attuale al ricorso in corrispondenza di una lesione effettiva di detto interesse (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 6.3.2002, n. 1371; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 9.1.2017, n. 235; T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 17.1.2018, n. 88; Cons. Stato, Sez. III, 1.9.2014, n. 4449; Cons. Stato, Sez. V, 23.2.2015, n. 855; punto 13.5.1, lett. c) della motivazione della ordinanza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 6 dell'11.5.2018). In ordine al citato principio in tema di concretezza e attualità della titolarità dell'interesse all'azione *ex art.* 100 cod. proc. civ., il ricorso giurisdizionale è sempre stato considerato in passato un rimedio non dato nell'interesse astratto della giustizia o per ottenere la mera enunciazione dei parametri di legalità dell'azione amministrativa, disancorati da un effettivo e non ipotetico vantaggio derivante all'attore nel caso in contestazione". Dopo aver richiamato le caratteristiche dell'interesse a ricorrere ricalcando quanto è stato già detto nei paragrafi precedenti della presente trattazione, le ordinanze in commento affermano: "Si può concludere questa sintetica ricapitolazione dei caratteri dell'interesse a ricorrere con l'osservazione che anche nel processo amministrativo il risultato utile che il ricorrente deve dimostrare di poter perseguire non può isterilirsi nella semplice garanzia dell'interesse legittimo e, men che meno, nella rivendicazione popolare della legittimità *ex se* dell'azione pubblica. Deve allora trovare condivisione l'affermazione dei primi Giudici secondo cui "il requisito dell'attualità dell'interesse non può considerarsi sussistente

Si scivola, secondo il Tar pugliese, in un'ipotesi di giurisdizione amministrativa oggettiva⁹⁶⁸, dal momento che si agisce in giudizio per garantire la corretta composizione della platea dei concorrenti, ossia nel rispetto della legittimità delle procedure di gara ma non per ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, quale bene della vita non ottenibile al momento della proposizione del ricorso⁹⁶⁹.

quando il pregiudizio derivante dall'atto amministrativo sia meramente eventuale, quando cioè non è certo, al momento dell'emanazione del provvedimento, se si realizzerà in un secondo tempo la lesione della sfera giuridica del soggetto". Su tale linea interpretativa si pone anche Tar Lazio, Roma, sez. II, 9 gennaio 2017, n. 235 che "esclude la tutelabilità in sede giurisdizionale di un interesse meramente potenziale, ovvero subordinato al verificarsi di un evento futuro, occorrendo che la lesione si configuri come un vulnus immediato tale da precludere subito il conseguimento del bene della vita a cui il ricorrente aspira, escludendosi tale condizione quando l'atto impugnato necessita di ulteriori provvedimenti futuri e non ancora adottati. Tale è il caso della ammissione, atto che non produce un vulnus immediato al partecipante, essendo necessario un ulteriore provvedimento (rectius l'aggiudicazione definitiva in favore del soggetto ammesso)".

⁹⁶⁸ Il rischio di sconfinare in una giurisdizione oggettiva era già stato rilevato da Tar Campania, Napoli, sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852, secondo cui: "il legislatore ha introdotto una sorta di presunzione legale di lesione, non direttamente correlata alla lesione effettiva e concreta di un bene della vita secondo la dimensione sostanzialistica dell'interesse legittimo". Continua il Tar Campano "astrattamente parlando, il nuovo rito superaccelerato, così come costruito, sembra porsi in contrasto con le garanzie costituzionali di azione in giudizio e tutela contro gli atti della pubblica amministrazione ex art. 24 e 113 Cost. e questo a causa dell'onere di immediata impugnativa dei provvedimenti di aggiudicazione e esclusione indicati a fronte dell'assenza di un interesse concreto e attuale al ricorso. Sicché, nonostante alcuni tra i primi interpreti abbiano ricostruito questa presunzione assoluta di lesività dei provvedimenti come una sorta di interesse alla legittima formazione della platea dei concorrenti ammessi alle successive fasi della procedura, sul modello processuale del contenzioso elettorale di cui all'art. 129 c.p.a. (nel quale, tuttavia, sono impugnabili i provvedimenti immediatamente lesivi del diritto a partecipare al procedimento elettorale preparatorio), ciò non toglie che un sistema così congegnato potrebbe astrattamente far scivolare il contenzioso in materia di appalti verso un modello di giudizio di diritto oggettivo contrario agli artt. 24 e 113 Cost. ed escluso dalla giurisprudenza (cfr. Ad. Plenaria n. 4 del 13 aprile 2015, per la quale il processo amministrativo si basa pur sempre sul principio dispositivo in relazione all'ambito della domanda di parte e la giurisdizione amministrativa di legittimità è pur sempre di una giurisdizione di tipo soggettivo, sia pure con aperture parziali alla giurisdizione di tipo oggettivo in precisi, limitati ambiti tra le quali la valutazione sostitutiva dell'interesse pubblico, da parte del giudice, in sede di giudizio cautelare)". Nello stesso senso si esprime Tar Puglia, Bari, sez. III, 8 novembre 2016, n. 1262, secondo cui: "la novella legislativa dell'art. 120 co. 2 bis c.p.a. confligge con il quadro giurisprudenziale storicamente consolidatosi atteso che veicola nell'ordinamento l'onere di immediata impugnazione dell'ammissione di tutti gli operatori economici - quale condizione di ammissibilità della futura impugnazione del provvedimento di aggiudicazione - anche in carenza di un'effettiva lesione od utilità concreta". *Contra* Tar Lazio, Roma, sez. II, 17 luglio 2017, n. 8577, la quale, ponendosi sulla stessa linea di pensiero di 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)*, op. cit.; L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, op. cit., 611, afferma: "la circostanza che, nella fase di ammissione, non sia ancora delineabile in capo ad alcuno dei concorrenti l'utilità finale rappresentata dall'aggiudicazione della gara, non è ostativa all'emersione anticipata di un distinto interesse di natura strumentale (sia pure di nuovo conio come definito in dottrina) che, comunque, rimane proprio e personale del concorrente, e quindi distinto dall'interesse generale alla correttezza e alla trasparenza delle procedure di gara. Del resto, l'interesse legittimo è una posizione non solo "differenziata" rispetto alla generalità di consociati ma anche "qualificata" proprio dalla rilevanza che l'ordinamento le attribuisce. Sicché la necessità di tutela anticipata di tale interesse, nel caso in esame, dipende dalla stessa configurazione bifasica ideata dal legislatore al fine di evitare regressioni del procedimento, per effetto di iniziative di natura contenziosa relative ai vizi che - alla stregua dei comuni principi di buona fede e correttezza nello svolgimento delle trattative - i concorrenti potrebbero far rilevare già dalle fasi preliminari della gara".

⁹⁶⁹ A tal proposito, Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 giugno 2018, n. 903; Id., 20 luglio 2018, n. 1097, richiamano due precedenti giurisprudenziali, quali Cons. Stato, sez. III, 1 settembre 2014, n. 4449, che "richiede, al fine della ammissibilità del ricorso giurisdizionale al giudice amministrativo, la necessaria esistenza di un interesse personale, concreto ed attuale al conseguimento di un vantaggio materiale o morale derivante dal processo amministrativo, non potendosi ammettere il piegare l'esercizio della giustizia amministrativa ad una funzione di oggettiva verifica, di carattere generale, del rispetto della legalità e cioè di giurisdizione di diritto oggettivo, scollegata ad una posizione direttamente legittimante del ricorrente, impostazione ritenuta estranea al nostro ordinamento". L'altra pronuncia menzionata è Cons. Stato, sez. V, 23.2.2015, n. 855, secondo cui per agire nel processo amministrativo è necessario

Si tratta, tra l'altro, di un'ipotesi di giurisdizione amministrativa oggettiva "eccentrica rispetto ad un sistema di giustizia amministrativa" tradizionalmente di tipo soggettivo *ex art. 24 Cost.*, che attribuisce a tutti coloro che sono titolari di situazioni giuridiche soggettive il "potere" di agire in giudizio e non il "dovere", inteso come onere economicamente gravoso, pena l'impossibilità di contestare l'atto di aggiudicazione nella successiva fase della procedura di gara⁹⁷⁰.

Difatti, l'art. 24 Cost. rimette al titolare della situazione giuridica soggettiva tutelata la valutazione dell'utilità del giudizio, invece, nel caso di specie è il legislatore che impone al ricorrente la "doverosità (sempre nel senso di "onere" per evitare il formarsi di una preclusione processuale) di un'azione giurisdizionale priva di alcun vantaggio sul piano soggettivo" al momento della proposizione del ricorso. Difatti, il principio di effettività della tutela giurisdizionale garantito a livello costituzionale implica la libertà del soggetto di decidere se agire in giudizio ovvero di astenersi qualora non dovesse ritenere sussistente un interesse attuale e concreto, come nel caso dell'impugnazione del provvedimento di ammissione. Riguardo a tale atto, invece, l'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a. impone l'onere di impugnarlo tempestivamente⁹⁷¹.

Il Tar rimettente ha cura di precisare che nel nostro ordinamento esistono casi di legittimazione processuale speciale *ex lege* attribuite ad Autorità amministrative indipendenti quali l'Agcm⁹⁷² e da ultimo l'Anac⁹⁷³, ma si tratta di ipotesi eccezionali che, a parere della dottrina⁹⁷⁴ e della

"non solo di essere titolari di una situazione giuridica riconducibile a diritto soggettivo o interesse legittimo, ma anche di un interesse a ricorrere inteso, lungi che come idoneità astratta a conseguire un risultato utile, come interesse personale, concreto ed attuale al conseguimento di un vantaggio materiale o morale". *Contra* Cons. Stato, ad. pl., 11 maggio 2018, n. 6, che "considera una nozione di interesse ad agire scevra dei predicati di certezza e attualità come distonica rispetto ai principi generali del processo amministrativo costantemente affermati dalla giurisprudenza".

⁹⁷⁰ Cfr. Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 giugno 2018, n. 903; Id., 20 luglio 2018, n. 1097.

⁹⁷¹ Cfr. ancora sul punto Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 giugno 2018, n. 903; Id., 20 luglio 2018, n. 1097.

⁹⁷² L'art. 21-*bis*, della L. 10 ottobre 1990, n. 287 attribuisce all'Agcm il potere di agire in giudizio per chiedere l'annullamento degli atti di qualsiasi p.a. che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

⁹⁷³ Si tratta del nuovo potere attribuito all'Anac ad opera del d.lgs. n. 56 del 2017 che ha modificato l'art. 211 d.lgs. n. 50 del 2016 abrogando il comma 2 ed introducendo i commi 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater*. Tale discorso sarà sviluppato nel prosieguo.

⁹⁷⁴ Cfr. M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis L. n. 287 del 1990*, in *www.federalismi.it*, 2012, secondo cui l'Agcm, che è per legge affidataria dell'interesse pubblico alla concorrenza, "è effettivamente portatrice di un interesse sostanziale protetto dall'ordinamento (nella specie, nella forma dell'interesse legittimo), che si soggettivizza in capo ad essa e ne riceve immediata lesione anche nel caso degli atti a contenuto normativo o generale, riducendosi (fino ad oggi) gli ostacoli al suo accesso diretto alla giustizia non tanto nella inconfigurabilità in capo alla stessa di un interesse sostanziale, "qualificato" in quanto fatto oggetto di una particolare considerazione dall'ordinamento e per questo differenziato da quello della generalità degli altri soggetti, ma, se mai, nella difficoltà di configurare in capo all'Autorità un interesse processuale, consistente, come noto, nella possibilità di conseguire un vantaggio personale, concreto e attuale dalla decisione". "Del pari non sembra condivisibile l'argomento che il principio di effettività della tutela – e le regole che sul suo presupposto informano il processo amministrativo – avrebbe valenza soltanto per gli interessi dei singoli e non anche per quelli a carattere superindividuale, ancorché specificamente protetti dall'ordinamento e affidati addirittura alla cura di un soggetto appositamente istituito e deputato ad operare in posizione di "indipendenza" dall'apparato amministrativo e di Governo. Proprio la natura indipendente delle Autorità e la specifica missione ad esse affidata (tutela di uno specifico interesse pubblico che, per le forti implicazioni economiche e sovranazionali, si vuole sottratta all'apparato governativo) giustifica infatti a mio avviso la scelta legislativa di attribuire in primis a tali soggetti, la legittimazione processuale ad agire per assicurarne la tutela". Cfr., in senso analogo, E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva del processo amministrativo di annullamento*, op. cit., 2192 ss. Un

giurisprudenza maggioritaria⁹⁷⁵, non costituiscono espressione di giurisdizione oggettiva. Difatti, l’Autorità amministrativa indipendente è affidataria non di un interesse generale alla legittimità dell’azione amministrativa, bensì di un interesse pubblico particolare e differenziato alla migliore attuazione del valore della concorrenza⁹⁷⁶.

altro orientamento dottrinale facente capo a M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell’Agcm ai sensi del nuovo art. 21 bis L. 287/90*, Relazione al Convegno organizzato dall’AGCM, 27 marzo 2013, Roma, anche se esclude che l’Agcm sia titolare di una situazione giuridica soggettiva, in quanto l’art. 21-bis L. cit. legittima l’Agcm a tutelare un interesse pubblico alla tutela della concorrenza “a prescindere dalla titolarità di una situazione giuridica soggettiva in capo al soggetto che agisce in giudizio”, non ritiene che muti la natura del processo amministrativo da soggettiva ad oggettiva, dal momento che non è indispensabile la presenza di una situazione giuridica soggettiva per agire in giudizio. Difatti, la natura soggettiva del processo civile non è messa in discussione dai casi di legittimazione *ex lege* riconosciuta al pubblico ministero. Anche a parere di un altro indirizzo interpretativo non si tratta di giurisdizione oggettiva. Difatti, R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell’AGCM nell’art. 21 bis legge n. 287/1990*, in www.giustamm.it, dopo aver chiarito che la tutela della concorrenza rappresenta un bene della vita protetto a livello comunitario e costituzionale e si differenzia dall’interesse pubblico alla mera legittimità dell’azione amministrativa, afferma che le norme poste a tutela della concorrenza fanno sorgere situazioni giuridiche qualificate in capo a tutti gli operatori economici, tuttavia è spesso difficile individuare soggetti privati titolari di una posizione qualificata e differenziata rispetto al bene della vita concorrenza, determinandosi una situazione non molto diversa da quella degli interessi diffusi. Quest’ultimi, sono trasformati in interessi collettivi di cui diventano titolari gli enti esponenziali del gruppo. La *ratio* che caratterizza l’art. 21-bis L. cit., non è molto dissimile da quella degli enti esponenziali degli interessi diffusi, con la differenza che nel caso della legittimazione processuale riconosciuta all’Agcm “la posizione differenziata è per legge riconosciuta non ad un qualsiasi ente esponenziale ma al soggetto pubblico istituzionalmente chiamato a tutelare la concorrenza”. Dunque, anche in tale ultimo caso si tratta di giurisdizione soggettiva così come per i ricorsi proposti dagli enti esponenziali degli interessi diffusi. *Contra* F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere alle autorità indipendenti*, in www.federalismi.it, 2012, il quale ritiene che l’Agcm eserciti un’azione non a tutela di un interesse particolare, bensì dell’interesse generale al rispetto delle regole. Secondo l’Autore l’art. 21-bis, della L. 10 ottobre 1990, n. 287 contrasta con l’art. 103 Cost., dal momento che la tutela della concorrenza non è riconducibile alle situazioni giuridiche soggettive di diritto soggettivo e di interesse legittimo. Più nello specifico avverte l’Autore “non è possibile ritenere che l’Autorità, in quanto tale, sia titolare di un interesse legittimo in senso proprio, potendo (e dovendo) attivarsi per la tutela e realizzazione di un interesse generale alla concorrenza che, per un verso, finisce per coincidere con una sommatoria di interessi di mero fatto ascrivibili alla collettività e, per altro verso, restando così generico, non soddisfa di certo i caratteri di una situazione soggettiva imputabile ad un soggetto di diritto”. In realtà la Regione Veneto aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Consulta dal momento che l’art. 103 Cost. vieta al legislatore ordinario di proporre ricorso solo per tutelare l’interesse generale al rispetto delle regole, cosa che, a parere della Regione Veneto, sarebbe avvenuta nel caso dell’attribuzione della legittimazione processuale all’Agcm. Tuttavia, Corte Cost., 14 febbraio 2013, n. 40, ha dichiarato la questione inammissibile.

⁹⁷⁵ Osserva difatti Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 luglio 2018, n. 1097, che la recente giurisprudenza amministrativa (cfr. T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 7.12.2017, n. 1521; Cons. Stato, sez. VI, 30.4.2018, n. 2583; Cons. Stato, sez. V, 30.4.2014, n. 2246; Cons. Stato, sez. V, 15.5.2017, n. 2294) “nell’escludere qualsiasi contrasto delle suddette previsioni eccezionali (e quindi, in base all’art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale, non estensibili oltre i casi da esse espressamente considerati) con gli artt. 3, 24, 103 e 113 Cost.”, ha evidenziato che “siamo - a ben vedere - in presenza di disposizioni speciali che, lungi dall’introdurre un’ipotesi di giurisdizione amministrativa di “diritto oggettivo”, in cui l’azione giurisdizionale mira alla tutela di un interesse generale e non di situazioni giuridiche soggettive di carattere individuale, contemplanò una legittimazione straordinaria - a proporre ricorso giurisdizionale dinanzi al G.A. - di un soggetto pubblico (i.e. Autorità amministrativa indipendente), in quanto ente portatore di un interesse “qualificato e differenziato” al corretto funzionamento del mercato e quindi giuridicamente rilevante ed idoneo a fondare situazioni giuridiche soggettive”.

⁹⁷⁶ Afferma ancora sul punto M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell’AGCM nell’art. 21 bis L. n. 287 del 1990, op. cit.*, che “il nuovo potere dell’AGCM, più che come potere di azione nell’interesse generale della legge in uno specifico settore, effettivamente di difficile riconduzione all’interesse legittimo, deve essere visto come diretta e naturale espressione dell’interesse – pubblico, ma pur sempre particolare e differenziato – alla migliore attuazione del valore “concorrenza”, di cui è specifico affidatario, anche in contrapposizione con i diversi interessi, pubblici o privati, di altri soggetti, interesse leso dalla mera violazione della legge e dall’inosservanza dell’invito (parere) a rispettarla, e dunque direttamente soddisfatto dal ripristino della legalità violata nei termini all’uopo indicati”.

Tale interesse si soggettivizza in capo all’Autorità indipendente che diventa titolare di una situazione giuridica soggettiva qualificata e differenziata alla cui tutela il processo è predisposto. Pertanto, l’attribuzione della legittimazione ad agire ad un soggetto istituito *ad hoc* per la cura di un particolare interesse pubblico non comporta un mutamento della funzione del processo amministrativo che resta di giurisdizione soggettiva⁹⁷⁷. Si tratta, tuttavia, “di un ‘interesse’ ad agire in giudizio di cui è *ex lege* portatore un soggetto pubblico e non già un privato”⁹⁷⁸. Invece, l’art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a. attribuisce l’onere di agire in giudizio per soddisfare l’interesse alla corretta competizione della platea dei concorrenti ad un soggetto privato.

È noto, ed è stato da ultimo confermato dall’adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁹⁷⁹, che il ricorso al g.a. “è configurato come ricorso nell’interesse di una parte e mai come ricorso volto al rispetto formale delle regole”, salvi i casi in cui del rispetto delle regole si fa attributaria un’autorità amministrativa indipendente a cui si riconosce una “legittimazione comunque eccezionale e straordinaria, a ricorrere dinanzi al Giudice amministrativo”⁹⁸⁰.

Si tratta, a parere del Tar rimettente di una situazione diversa da quella descritta dall’art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a. che “rende stabilmente un soggetto privato *ex lege* portatore di un interesse pubblico”⁹⁸¹ alla corretta formazione della platea dei concorrenti, vale a dire di un interesse alla legittimità delle procedure di gara di cui potrebbe essere portatrice unicamente la pubblica amministrazione. Per tale via si sconfina in una giurisdizione di diritto oggettivo non perché il ricorrente è portatore di un interesse pubblico, in quanto non è la pubblicità dell’interesse a tramutare la funzione del processo da soggettiva ad oggettiva, ma in quanto il detto interesse pubblico è posto nell’interesse della p.a. e non del ricorrente⁹⁸².

⁹⁷⁷ Osserva E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro nell’affermazione della giurisdizione soggettiva del processo amministrativo di annullamento*, *op. cit.*, 2192 ss., che “l’estensione della legittimazione attiva” non modifica “la funzione del processo che resta di giurisdizione soggettiva”.

⁹⁷⁸ Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 luglio 2018, n. 1097.

⁹⁷⁹ Si fa riferimento a Cons. Stato, ad. pl., 11 maggio 2018, n. 6.

⁹⁸⁰ Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 luglio 2018, n. 1097.

⁹⁸¹ Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 luglio 2018, n. 1097.

⁹⁸² Sul punto sono illuminanti le parole di E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro nell’affermazione della giurisdizione soggettiva del processo amministrativo di annullamento*, *op. cit.*, 2192 ss., il quale sostiene che “la natura, pubblica o privata, dell’interesse del ricorrente non incide sulla funzione del processo che è volto a tutelare la situazione giuridica soggettiva (l’interesse) di chi promuove l’azione”. L’indagine sulla meritevolezza dell’interesse che spetta al giudice nell’ambito del giudizio di annullamento non cambia se a proporre il ricorso sia il ricorrente o un soggetto pubblico quale l’Agcm, il cui interesse, ed è questa la differenza con il soggetto privato, “è individuato dalla legge nella tutela del mercato e della concorrenza”. Dunque, “il processo diverrebbe di giurisdizione oggettiva se venisse svolto non in funzione dell’interesse (pubblico o privato) del ricorrente, ma dell’amministrazione”. Invece, l’Agcm non agisce in giudizio per far valere un interesse generale facente capo a qualsiasi pubblica amministrazione, ma per realizzare la cura dell’interesse pubblico alla tutela della concorrenza, che crea, come detto, una situazione giuridica soggettiva in capo all’Agcm. Difatti, a parere dell’Autore, è lo stesso diritto positivo che prevede la possibilità di assegnare la cura di un interesse pubblico ad un determinato soggetto, “semmai istituito *ad hoc*”. Inoltre, “quando il titolare (pubblico o privato) dell’interesse (pubblico o privato) ricorre al giudice amministrativo contro gli atti di un’amministrazione chiede tutela della situazione giuridica soggettiva di cui lamenta la lesione (il sacrificio illegittimo dell’interesse) ed il processo amministrativo è funzionalizzato alla soddisfazione di tale interesse (pubblico o privato), se illegittimamente leso dall’atto impugnato. Si è pur sempre in presenza di una giurisdizione soggettiva”.

In altri termini, è interesse della p.a. che la gara si svolga correttamente senza turbamenti e senza interruzioni per arrivare prontamente all'esecuzione dell'appalto, mentre l'interesse principale del ricorrente consiste nell'ottenere l'aggiudicazione dell'appalto medesimo.

Si avverte pertanto tutta l'irragionevolezza e la contrarietà al principio di effettività della tutela giurisdizionale di una disposizione che mira ad "incaricare un soggetto privato della tutela *ex lege* di un interesse pubblico", tra l'altro con oneri economici eccessivi ed ostacoli anche maggiori di quelli spettanti all'Anac o all'Agcm⁹⁸³.

Ritorna il discorso fatto in precedenza secondo cui l'interesse alla corretta definizione della platea dei concorrenti rievoca l'interesse alla legittimità delle procedure di gara indicato nel considerando 122 della direttiva 2014/24/UE. Com'è stato rilevato il considerando *de quo* non si riferiva al tema del contenzioso, non imponeva di creare una sorta di legittimazione *ex lege* in capo a soggetti privati, avendo quest'ultimi la possibilità di ricorrere agli strumenti giurisdizionali, ma mirava a conferire una tutela a cittadini impossibilitati ad utilizzare la via giurisdizionale, non essendo partecipanti alla gara e forse neanche operatori economici.

È sicuramente maggiormente compatibile con la *ratio* del considerando 122 la nuova legittimazione processuale attribuita all'Anac per far valere la legittimità delle procedure di gara, rispetto all'attribuzione *ex lege* di un interesse a ricorrere virtuale al ricorrente in una fase della gara in cui ancora non sorge l'interesse ad aggiudicarsi l'appalto. Anche perché, com'è stato spiegato, il considerando in questione non prescriveva agli Stati membri di intervenire sulla tutela giurisdizionale, già garantita e disciplinata dalle direttive ricorsi.

4.1.1. (Segue) Il contrasto con il principio di effettività sotto la lente della violazione del principio di ragionevolezza.

L'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a. arreca anche un *vulnus* al principio di effettività della tutela giurisdizionale ulteriormente sviluppato "sotto la lente della violazione del principio di ragionevolezza"⁹⁸⁴.

Si tratta di una disciplina irragionevole in quanto il terzo periodo dell'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a., stabilisce che la proposta di aggiudicazione e gli altri atti endoprocedimentali non immediatamente lesivi non sono autonomamente ed immediatamente impugnabili. Tale regola è irragionevolmente

⁹⁸³ Cfr. Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 luglio 2018, n. 1097. Condivide pienamente i profili critici sollevati dall'ordinanza in esame M.A. SANDULLI, *A Consulta e Ue l'impugnazione delle ammissioni alle gare, op. cit.*, secondo cui finalmente si denuncia "tutta l'irragionevolezza di una disposizione che «incarica» le imprese di tutelare l'interesse pubblico all'immediata corretta delimitazione della platea dei concorrenti, peraltro con oneri e ostacoli superiori a quelli delle autorità pubbliche (Agcom e Anac) titolate della legittimazione straordinaria a ricorrere al giudice amministrativo a tutela della legalità".

⁹⁸⁴ Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 luglio 2018, n. 1097.

derogata dai primi due periodi della disposizione in commento relativamente all'atto di ammissione alla gara che pur appartenendo alla categoria degli atti endoprocedimentali privi di immediata lesività è onere del ricorrente provvedere alla sua tempestiva impugnazione.

Ebbene, se l'atto di ammissione non è immediatamente lesivo dal punto di vista del concorrente-ricorrente è evidentemente considerato dal legislatore lesivo dell'interesse generale all'anticipata e corretta formazione della platea dei concorrenti della cui tutela è "incaricato" lo stesso ricorrente "anche se detto interesse pubblico potrebbe non coincidere mai con un interesse del partecipante alla gara, personale, concreto ed attuale al conseguimento del bene della vita, *rectius* aggiudicazione della gara"⁹⁸⁵.

Pertanto, un interesse processuale meramente ipotetico viene irragionevolmente trasformato dal legislatore in un interesse concreto ed attuale "introducendo una sorta di presunzione legale ed astratta di interesse al ricorso avverso le ammissioni e, corrispondentemente, di lesione di detto interesse"⁹⁸⁶ contraddicendo il disposto del terzo periodo dell'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a. che espressamente esclude l'immediata ed autonoma impugnazione degli atti endoprocedimentali privi di immediata lesività, nella cui categoria rientra l'atto di ammissione.

Dunque, la norma in esame contrasta, come spiegato, non solo con l'art. 100 c.p.c., che delinea le caratteristiche dell'interesse ad agire, ma anche con il dettato costituzionale secondo cui la giurisdizione amministrativa è di natura soggettiva ed è deputata alla tutela di posizioni soggettive riconosciute sul piano sostanziale e correlate ad un bene della vita, nel caso di specie corrispondente all'aggiudicazione della gara o, al massimo, ad una sua rinnovazione per avere una *chance* di aggiudicarsi l'appalto⁹⁸⁷.

Difatti, nel caso descritto dall'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a, non si ravvisa una posizione sostanziale in capo al ricorrente che impugni l'atto di ammissione che giustifichi l'accesso al giudice, poiché il

⁹⁸⁵ Cfr. Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 luglio 2018, n. 1097. Nel Capitolo precedente si è discusso della disciplina del rito speciale dettata agli artt. 120 e ss. c.p.a. Soprattutto per quanto concerne gli artt. 121 e ss. c.p.a. si è sottolineato che la tutela della concorrenza si soggettivizza in capo al ricorrente così da aversi una coincidenza in termini di soddisfazione tra l'interesse pubblico alla tutela della concorrenza e l'interesse privato del ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto o alla rinnovazione della gara per avere una *chance* di aggiudicazione. Il più delle volte si verificava questa coincidenza, invece l'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a. provoca una dissociazione in termini di soddisfazione dei due interessi che spesso non coincidono. Dunque, il ricorrente è portatore di un interesse pubblico la cui soddisfazione spesso non coincide con l'interesse sostanziale all'aggiudicazione dell'appalto o alla rinnovazione della gara, ma si tratta di un interesse di cui dovrebbe essere portatrice unicamente la pubblica amministrazione. Per queste ragioni si sconfinava in una giurisdizione di tipo oggettivo, tra l'altro inammissibile perché pretermette la tutela del ricorrente a quella della legittimità dell'azione amministrativa.

⁹⁸⁶ Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 luglio 2018, n. 1097. Cfr., in senso analogo, Tar Campania, Napoli, sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852, richiamata dall'ordinanza in commento.

⁹⁸⁷ Afferma, difatti, Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 luglio 2018, n. 1097, che "la previsione *de qua* si pone - come detto - in contrasto sia con i richiamati principi di cui all'art. 100 cod. proc. civ. in tema di "Interesse ad agire", sia con il principio sotteso agli artt. 3, comma 1, 24, commi 1 e 2, 103, comma 1 e 113, commi 1 e 2 Cost., alla cui stregua la giurisdizione amministrativa è orientata ad apprestare tutela ad una posizione sostanziale correlata ad un bene della vita in questo caso facente capo all'impresa partecipante alla gara (i.e. in ultima analisi l'aggiudicazione della gara stessa)".

bene della vita da lui anelato non è neanche astrattamente ottenibile al momento della proposizione del ricorso “essendo l’esito della competizione ancora futuro ed incerto”⁹⁸⁸. Il tal modo, il contenzioso appalti scivola verso una giurisdizione di diritto oggettivo così come era già stato rilevato dal Tar Piemonte⁹⁸⁹ che, assumendo come parametro di compatibilità le disposizioni europee, ha rimarcato il “disancoramento dell’interesse ad agire rispetto ad un’utilità personale, concreta ed attuale dell’impresa partecipante alla gara”⁹⁹⁰.

Per tale via si configura non solo un’ipotesi di giurisdizione oggettiva contrastante con i principi europei invocati dall’ordinanza di rimessione del Tar Piemonte, ma anche con il dettato costituzionale in tema di effettività della tutela giurisdizionale secondo cui il diritto di azione è “azionabile unicamente dal titolare di un interesse personale, attuale e concreto”⁹⁹¹ che nelle gare d’appalto coincide con l’ottenimento dell’aggiudicazione ovvero con la ripetizione totale o parziale della gara per avere una *chance* di vincerla.

In definitiva, le criticità a cui dà adito la norma *de qua* che incarica il partecipante alla gara della cura dell’interesse pubblico alla corretta definizione della platea dei concorrenti ammessi, che potrebbe anche non coincidere mai con l’interesse privato anelato dal ricorrente, sono aggravate dall’imporre a quest’ultimo un onere “inutile, economicamente gravoso, ed irragionevole” in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale⁹⁹² e con quello di ragionevolezza⁹⁹³.

La violazione del principio di effettività, come anticipato, si registra perché si impone al ricorrente un onere gravoso dal punto di vista temporale ed economico che ha l’effetto di dissuadere il partecipante alla gara interessato dal proporre ricorso, limitando fortemente il diritto di azione e di difesa costituzionalmente garantito. Dunque, non solo il ricorrente non ha un interesse personale, concreto ed attuale all’impugnazione del provvedimento di ammissione, ma in concreto vi sono degli ostacoli difficilmente superabili che nei fatti gli impediscono di agire in giudizio, registrandosi così una riduzione del contenzioso, ma a svantaggio del diritto di azione e di difesa. Il principio di effettività è ulteriormente compromesso nella fase successiva della procedura di gara allorché il ricorrente, che non abbia previamente impugnato gli atti di ammissione-esclusione, non può contestare il provvedimento di aggiudicazione nel momento in cui l’interesse a ricorrere è diventato attuale.

⁹⁸⁸ Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 luglio 2018, n. 1097.

⁹⁸⁹ Cfr. Tar Piemonte, ord., sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88, spiegata nei paragrafi precedenti della presente trattazione.

⁹⁹⁰ Sono le parole di Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 luglio 2018, n. 1097.

⁹⁹¹ Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 luglio 2018, n. 1097.

⁹⁹² “Desumibile dal combinato disposto degli artt. 24, commi 1 e 2, 103, comma 1 e 113, commi 1 e 2 Cost.”. Così, testualmente, Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 luglio 2018, n. 1097.

⁹⁹³ *Ex art. 3, co. 1, Cost.*

Ma vi è di più. L'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a. potrebbe ingenerare anche l'effetto opposto, vale a dire l'onere di impugnare immediatamente tutte le ammissioni potenzialmente lesive potrebbe comportare una proliferazione dei ricorsi nella fase iniziale delle ammissioni-esclusioni, così violando anche il principio di ragionevole durata del processo *ex art.* 111, co. 2, Cost⁹⁹⁴.

Più nello specifico, la moltiplicazione dei ricorsi avverso i provvedimenti di ammissione contrasta con i principi di ragionevolezza (art. 3, co. 1, Cost.), di effettività della tutela giurisdizionale (artt. 24, co. 1 e 2, 103, co. 1, 111, co. 1 e 2, 113, co. 1 e 2, Cost.), del giusto processo (art. 111, co. 2, Cost.) e di ragionevole durata del processo (art. 111, co. 2, Cost.), in quanto la proliferazione dei giudizi avverso gli atti *de quibus* comporta una violazione dei principi di economia processuale e concentrazione⁹⁹⁵.

Difatti, piuttosto che una deflazione del contenzioso si genera una proliferazione dello stesso, non raggiungendo e contraddicendo i risultati sperati.

Inoltre, secondo un noto principio di diritto espresso dalla Corte Costituzionale, da ultimo nella sentenza n. 94 del 2017⁹⁹⁶, la discrezionalità di cui gode il legislatore nella disciplina degli istituti processuali è sindacabile solo in ipotesi di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte compiute⁹⁹⁷. Il limite della manifesta irragionevolezza è superato qualora la Consulta verifichi che

⁹⁹⁴ Afferma difatti Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 luglio 2018, n. 1097, “la censurata norma processuale potrebbe, quindi, avere un effetto dissuasivo con riferimento ad iniziative processuali notevolmente anticipate (e sensibilmente costose) rispetto al verificarsi della concreta lesione, così ulteriormente aggravando la violazione del principio costituzionale di tutela del diritto di difesa (art. 24 Cost.), ovvero, all’opposto, un effetto di proliferazione dei ricorsi giurisdizionali, effetto evidentemente non compatibile con il principio di ragionevole durata del processo di cui all’art. 111, comma 2 Cost.”.

⁹⁹⁵ Cfr. Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 giugno 2018, n. 903; Id., 20 luglio 2018, n. 1097.

⁹⁹⁶ Per un commento a Corte Cost., 4 maggio 2017, n. 94, limitatamente alle questioni sollevate dal giudice rimettente con riferimento al parametro della ragionevolezza del termine di decadenza previsto all’art. 30, co. 3, c.p.a., cfr. A. FABRI, *La ragionevolezza del termine di decadenza per la proposizione della domanda risarcitoria*, in www.giustamm.it; M. TRIMARCHI, *La (ir)ragionevolezza dell’art. 30, co. 3, c.p.a., nella sentenza della Corte costituzionale, 4 maggio 2017, n. 94*, *ivi*; G. GALLONE, *Stabilità giuridica, rapporto amministrativo e risarcimento del danno: “il re è nudo”*, *ivi*; C. BOSCIA, *Focus sulla sentenza della Corte costituzionale n. 94 del 2017*, *ivi*.

⁹⁹⁷ Afferma sul punto Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 giugno 2018, n. 903, “peraltro, la previsione di una “preclusione processuale” *ex art.* 120, comma 2 *bis*, secondo inciso cod. proc. amm. non è giustificabile neanche alla luce del principio di diritto espresso dalla sentenza della Corte costituzionale n. 94 del 4.5.2017 (con riferimento alla questione di legittimità costituzionale dell’art. 30, comma 3 cod. proc. amm. nella parte in cui prevede un termine di decadenza per l’esperimento dell’azione di risarcimento danni da provvedimento amministrativo illegittimo). Invero, in detta sentenza la Corte costituzionale - nel respingere la questione di costituzionalità - ha ritenuto comunque sindacabile la discrezionalità del legislatore (nel disciplinare gli istituti processuali ed in particolare nel contemplare termini decadenziali) unicamente in ipotesi di manifesta irragionevolezza”. Pertanto, a parere dell’ordinanza *de qua*, “la disposizione di cui all’art. 120, comma 2 *bis* cod. proc. amm. in tema di “preclusione processuale” appare manifestamente irragionevole poiché la prima parte della norma in commento (*rectius* primo inciso del comma 2 *bis*) pone - come visto in precedenza - in capo al partecipante un onere (i.e. immediata contestazione in sede giurisdizionale delle ammissioni la cui violazione comporta la declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto avverso l’aggiudicazione definitiva da parte di chi ha omesso di impugnare tempestivamente l’ammissione dell’aggiudicataria) inutile, economicamente gravoso, ed irragionevole - alla stregua del principio di effettività della tutela giurisdizionale desumibile dal combinato disposto degli artt. 24, commi 1 e 2, 103, comma 1 e 113, commi 1 e 2 Cost. e del principio di ragionevolezza di cui all’art. 3, comma 1 Cost. - rispetto all’interesse realmente perseguito dalla parte (i.e. conseguimento dell’aggiudicazione dell’appalto), ovvero comportante un effetto di proliferazione dei ricorsi giurisdizionali, effetto evidentemente non compatibile con il principio di ragionevole durata del processo di cui all’art. 111, comma 2 Cost.”. Inoltre, osserva il Tar pugliese che “il contrasto della disposizione in esame (comma 2 *bis*) con

il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti sia stato “realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale”⁹⁹⁸.

Ebbene, l’omessa impugnazione dell’atto di ammissione nel termine di trenta giorni comporta l’inammissibilità del ricorso proposto avverso il provvedimento di aggiudicazione, causando un aggravio eccessivo per il ricorrente che non potrà mai più far valere in giudizio l’illegittimità di un atto per sé lesivo. In tal caso si registra un’eccessiva limitazione della garanzia di accesso alla giustizia e del principio di effettività della tutela giurisdizionale in maniera incompatibile con il dettato costituzionale⁹⁹⁹.

Pertanto, applicando le suesposte coordinate interpretative, dovrebbe concludersi che il bilanciamento degli interessi operato dal legislatore abbia superato il limite della manifesta irragionevolezza. Di conseguenza la norma denunciata non supera neanche “il test di proporzionalità” che impone di valutare se la misura scelta dal legislatore sia, tra più misure appropriate, idonea e necessaria al conseguimento dell’obiettivo medesimo e, dunque, la meno restrittiva dei diritti considerati, nonché quella che stabilisca oneri non sproporzionati rispetto agli obiettivi prefissati. Ebbene, la sanzione dell’inammissibilità del ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione, quale misura scelta dal legislatore *ex art. 120, co. 2-bis, c.p.a.*, e, dunque, la compressione del diritto di azione e di difesa non è stata adeguatamente bilanciata con l’interesse

i richiamati principi costituzionali va, altresì, analizzato alla luce del *dictum* di cui a Corte cost. n. 241/2017. Premette il Giudice delle Leggi nella citata sentenza che “il controllo di costituzionalità, vertendosi in materia di istituti processuali, per la cui conformazione il legislatore gode di ampia discrezionalità, deve limitarsi a riscontrare se sia stato o meno superato il limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte compiute”, principio che si rinviene anche nella pregressa giurisprudenza costituzionale (cfr. *ex multis* sentenza n. 221/2008; sentenza n. 50/2010; sentenza n. 229/2010; sentenza n. 17/2011; sentenza n. 155/2014; sentenza n. 71/2015)”. “...Tale riscontro va operato attraverso la verifica «che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale. Tale giudizio deve svolgersi «attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti» (sentenza n. 1130 del 1988)» (sentenza n. 71 del 2015)...”.

⁹⁹⁸ Cfr. la nota precedente.

⁹⁹⁹ Afferma Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 giugno 2018, n. 903, “Traslando il ragionamento operato dalla Corte costituzionale con la menzionata sentenza n. 241/2017 alla fattispecie in esame (scrutinio di costituzionalità dell’art. 120, comma 2 *bis*, primo e secondo periodo cod. proc. amm.), si può giungere alla conclusione che la declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto avverso l’aggiudicazione definitiva, per omessa tempestiva impugnazione (alla stregua dell’art. 120, comma 2 *bis*, primo periodo cod. proc. amm.) della ammissione dell’impresa aggiudicataria, si traduce in un aggravio eccessivo per la parte ricorrente, che comunque - diversamente dall’ipotesi di cui alla sentenza n. 241/2017 - non potrà neanche “... ricominciare *ex novo* il giudizio ...”. Infatti, in detta evenienza l’autonoma e separata impugnazione della aggiudicazione - come appunto accaduto nel caso di specie (ricorso di La Cascina Global Service) - sarà comunque e sempre inammissibile in mancanza della previa tempestiva impugnazione della ammissione della impresa aggiudicataria. In altri termini, il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti è operato dal legislatore con la previsione di cui al comma 2 *bis* in modo tale da determinare il sacrificio e la compressione di uno di essi (*rectius* garanzia dell’accesso alla tutela giurisdizionale e della sua effettività desumibile dal combinato disposto degli artt. 3, 24, 103, 111 e 113 Cost.) in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale”.

pubblico ad evitare l'abuso del processo, interesse, tra l'altro, già realizzato attraverso la previsione di un ingente contributo unificato.

A causa delle conseguenze sfavorevoli¹⁰⁰⁰ determinate dalla sanzione dell'inammissibilità del provvedimento di aggiudicazione può concludersi per l'irragionevolezza della misura scelta dal legislatore, *id est* la sanzione dell'inammissibilità, rispetto al fine perseguito, in quanto per evitare l'abuso del processo si è oltremodo limitato il diritto ad agire e difendersi in giudizio.

A ciò si è obiettato che l'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a., non limita la tutela giurisdizionale, in quanto se il ricorrente impugna immediatamente, vale a dire nel termine di decadenza di trenta giorni stabilito dalla legge, l'atto di ammissione non incorre nella preclusione processuale prevista dalla norma. In altri termini, la tutela giurisdizionale non è limitata o addirittura obliterata e non si registra un contrasto con gli artt. 24 e 113 Cost¹⁰⁰¹.

Tuttavia, sul punto si ricordi che la Corte Costituzionale ha sovente affermato che il principio di effettività della tutela giurisdizionale risulta violato non solo se il legislatore non predisponga gli strumenti processuali idonei a soddisfare la pretesa fatta valere in giudizio, ma anche quando le condizioni di esercizio dei rimedi previsti *ex lege* siano tali da renderne difficile o praticamente impossibile l'attivazione, negandosi, così, in concreto il potere di agire in giudizio¹⁰⁰². Pertanto, l'imposizione di un onere inutile, economicamente gravoso ed irragionevole *ex art.* 120, co. 2-*bis*,

¹⁰⁰⁰ Ci si riferisce all'evidente limitazione dell'esercizio del diritto di azione e di difesa costituzionalmente garantito.

¹⁰⁰¹ È quanto è stato affermato da Tar Lazio, Roma, sez. II, 17 luglio 2017, n. 8577, secondo cui il diritto di difesa "a tutela della ulteriore e distinta posizione soggettiva rappresentata" dalla vittoria della gara, "non ne risulta limitato o definitivamente scalfito, in contrasto con le garanzie di cui agli artt. 24 e 113 Cost., poiché delle illegittimità relative alla fase di ammissione ci si può comunque dolere nei termini di decadenza previsti dall'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a.". Anche se l'onere di immediata impugnazione degli atti di ammissione-esclusione va esercitato entro il termine di trenta giorni, ossia in un arco temporale molto breve, a parere della sentenza in commento non dovrebbe automaticamente concludersi per l'illegittimità costituzionale della norma, nella specie per violazione del diritto di azione e di difesa costituzionalmente garantito. Difatti, la stessa Corte Costituzionale, sin dalla nota sentenza n. 427 del 1999 (per il cui commento si rinvia al Capitolo II della presente trattazione), ha escluso l'incompatibilità costituzionale con il diritto di azione di difesa e, in via generale, con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, della "introduzione di forme celeri per la definizione delle controversie amministrative ovvero di abbreviazione dei termini – avvenuta a partire dalla fine degli anni 90 del secolo scorso, proprio per il settore delle pubbliche commesse, in esame", "nella misura in cui venga assicurato il rispetto di alcuni valori processuali fondamentali, quali, in primo luogo, l'integrità del contraddittorio nonché la completezza e sufficienza del quadro probatorio". Cfr. sul punto Corte Cost., 26 giugno 2007, n. 237; Id., 20 luglio 2016, n. 191; Id., 10 novembre 1999, n. 427. Il Tar Lazio continua affermando che sicuramente "l'anticipazione della tutela ad una fase antecedente l'aggiudicazione della gara" rende "più oneroso l'esercizio del diritto di difesa", tuttavia il legislatore ordinario potrebbe riequilibrare tale situazione riducendo l'importo del contributo unificato, quale ostacolo di natura economica al diritto di accesso al giudice, nonché garantendo "la tempestiva conoscenza degli atti e della relativa motivazione". In definitiva, "non pare si ponga una questione di costituzionalità né di compatibilità comunitaria della disciplina in esame, in quanto conforme al «principio di ragionevolezza dei tempi del processo» avente anch'esso copertura costituzionale". Cfr., in senso analogo, Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 2 febbraio 2017, n. 696; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 8 maggio 2017, n. 1231; Tar, Puglia, Bari, 14 aprile 2017, n. 394.

¹⁰⁰² Cfr. Corte Cost., 3 marzo 2016, n. 44; Id., 30 maggio 2016, n. 121, le quali, come chiarisce Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 giugno 2018, n. 903, "nel ribadire l'ampia discrezionalità di cui gode il legislatore nella conformazione degli istituti processuali con il solo limite della manifesta irragionevolezza, esclude la legittimità costituzionale della imposizione di oneri ovvero della introduzione di modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale.

c.p.a., comporta una violazione non solo del principio di ragionevolezza, ma anche di quello di effettività della tutela giurisdizionale, dal momento che non solo è resa difficile se non impossibile l'impugnazione del provvedimento di ammissione, ma, a causa della preclusione processuale, anche del successivo provvedimento di aggiudicazione.

Seguendo tale ragionamento a parere del Tar rimettente l'imposizione di un onere di impugnazione che non comporta alcuna utilità concreta al ricorrente, a cui si aggiunge la previsione del gravoso contributo unificato, comporta indubbiamente una grave limitazione dell'esercizio del diritto di azione e di difesa *ex art. 24 Cost.* e dello svolgimento della connessa attività processuale. Pertanto, configurandosi l'ipotesi "della impossibilità ovvero estrema difficoltà per l'esercizio del diritto di difesa" si realizza "quella manifesta irragionevolezza che certamente costituisce un limite alla discrezionalità del legislatore in materia di conformazione degli istituti processuali (ivi compresi termini di decadenza e preclusioni processuali)"¹⁰⁰³.

Infine, l'ordinanza di rimessione ravvisa un contrasto tra l'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a. e gli artt. 6 e 13 CEDU, i quali vengono in rilievo in quanto norme interposte *ex art. 117, co. 1, Cost.*

Gli artt. 6 e 13 CEDU disciplinano il diritto fondamentale ad un giusto ed effettivo processo, pertanto valgono le osservazioni già effettuate in relazione alla violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Tanto premesso il Tar rimettente chiede alla Corte Costituzionale di espungere dall'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a., il primo e secondo periodo relativi all'onere di immediata impugnazione del provvedimento di ammissione alla gara, al fine di considerare ammissibile il ricorso proposto avverso il provvedimento di aggiudicazione anche in assenza della previa impugnazione dell'atto di ammissione, in modo da allinearsi all'orientamento tradizionale che reputa impugnabili solo gli atti amministrativi immediatamente lesivi.

Infine, l'ordinanza di rimessione specifica che non è possibile procedere ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione "stante l'inequivoco tenore della stessa" che impone l'onere di contestare immediatamente l'atto di ammissione, pena l'incorrere "nella preclusione processuale sopra descritta" unitamente alla declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione dal ricorrente che non abbia previamente impugnato nei termini stabiliti il provvedimento di ammissione¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰³ Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 giugno 2018, n. 903.

¹⁰⁰⁴ Specifica Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 giugno 2018, n. 903, che non è "possibile procedere ad una interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione in esame, stante l'inequivoco tenore della stessa che impone l'onere di immediata impugnazione dell'atto di ammissione pena l'incorrere nella preclusione sopra descritta e comporta la declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione definitiva da parte di chi ha omesso di impugnare tempestivamente l'ammissione dell'aggiudicataria".

5. Ulteriori profili critici: il *dies a quo* di decorrenza del termine di decadenza per impugnare gli atti di ammissione-esclusione.

La dottrina¹⁰⁰⁵ e la giurisprudenza più attente avevano rilevato che l'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a., comportasse una limitazione dell'esercizio del diritto di azione e di difesa anche per altra via.

È noto che per esperire un ricorso efficace ed efficiente il ricorrente deve essere posto nelle condizioni di conoscere esattamente il *dies a quo* di decorrenza del termine legale di decadenza, nonché avere un quadro completo dei vizi che inficiano l'atto lesivo¹⁰⁰⁶.

Ebbene, prima che intervenisse l'art. 19 d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (c.d. Correttivo al Codice dei contratti pubblici del 2016)¹⁰⁰⁷ a modificare l'art. 29 d.lgs. n. 50 del 2016, dal combinato disposto dell'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a. e del detto art. 29 si evinceva che il termine di trenta giorni per proporre ricorso avverso gli atti di ammissione-esclusione, decorresse dal momento della

¹⁰⁰⁵ Cfr. per tutti M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, op. cit., 15 ss.

¹⁰⁰⁶ Difatti, la tesi sostenuta dalla dottrina più garantista, ma minoritaria in giurisprudenza, ritiene che, ai fini della decorrenza del termine per impugnare, il ricorrente debba essere posto nelle condizioni di avere consapevolezza della portata lesiva del provvedimento impugnato attraverso la conoscenza della motivazione dell'atto medesimo. Al contrario, a parere dell'orientamento giurisprudenziale prevalente il requisito della "piena conoscenza" risulta integrato attraverso la conoscenza da parte del ricorrente dei soli elementi essenziali del provvedimento impugnato, esclusa la motivazione. Tuttavia, in tal modo, non si consentirebbe al ricorrente di avere un quadro completo dei vizi che inficiano l'atto impugnato, con la conseguenza che proporrà un ricorso "al buio" pur di evitare che decorrano infruttuosamente i termini per poter esperire l'azione giurisdizionale. Dunque, sempre a parere dell'indirizzo interpretativo prevalente, il ricorrente non rimarrebbe sprovvisto di tutela, in quanto potrebbe ricorrere all'istituto dei motivi aggiunti al momento della scoperta, nel corso del giudizio, di nuovi vizi di legittimità. Tuttavia, la dottrina aderente al filone giurisprudenziale più garantista osserva che in uno scenario siffatto l'unico strumento di tutela a disposizione del privato-ricorrente diventa la proposizione del ricorso "al buio". In altri termini, la proposizione del ricorso introduttivo "al buio" ha l'effetto di ridurlo ad una mera condizione di procedibilità, utilizzato solo per legittimare il ricorrente ad esperire, poi, quello che può essere definito il vero ricorso, ossia la proposizione dei motivi aggiunti che, tuttavia, non assicura al ricorrente una tutela piena ed effettiva equivalente a quella che avrebbe potuto ottenere se fosse stato posto nelle condizioni di conoscere *ex ante* l'atto lesivo nella sua interezza, comprensivo di motivazione. Ma vi è di più. L'orientamento giurisprudenziale prevalente che obbliga l'interessato ad esperire immediatamente il ricorso introduttivo per poi valutare l'eventuale esistenza di ulteriori vizi in corso di causa ai fini della proposizione di motivi aggiunti impone al ricorrente un onere che esubera l'ordinaria diligenza normalmente richiesta per venire a conoscenza dei vizi dell'atto lesivo. Sul punto si ricordi che l'orientamento giurisprudenziale prevalente ritiene che non si supera l'ordinaria diligenza qualora il ricorrente possa venire a conoscenza dell'atto lesivo attraverso l'esercizio del diritto di accesso agli atti. E sulla stessa linea si pone Corte Cost., 7 maggio 1996, n. 144. Per queste tematiche cfr. A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, op. cit., 173; S. BACCARINI, *La comunicazione del provvedimento amministrativo fra prassi e nuove garanzie*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 18 ss.; F. CEGLIO, *La piena conoscenza e la decorrenza del termine per la proposizione del ricorso*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 501. Per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali sull'argomento cfr. F. FORTE, *La compatibilità del termine di decadenza per la proposizione dell'azione di annullamento con l'esercizio del diritto di azione e di difesa*, in *La giurisprudenza della Corte Costituzionale sul processo amministrativo*, a cura di E. FOLLIERI, Bari, 2018, 395 ss.

¹⁰⁰⁷ Si tratta del decreto adottato avvalendosi della facoltà concessa al Governo dall'art. 1, co. 8, della legge delega n. 11 del 2016, che lo autorizza ad adottare entro un anno dalla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016 disposizioni integrative e correttive del suddetto Codice, nel rispetto dei principi e criteri direttivi contenuti nella legge delega, nonché delle procedure di emanazione dalla stessa previste. Il decreto in esame, dopo aver seguito un complesso *iter* finalizzato alla sua approvazione, viene definitivamente approvato dal Governo il 13 aprile 2017, firmato dal Capo dello Stato il 19 aprile 2017 e pubblicato in G.U. il 5 maggio 2017. L'art. 19 d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (c.d. "correttivo" al Codice dei contratti pubblici del 2016) apporta, anche sulla scia di quanto statuito dal Consiglio di Stato nel parere n. 432 del 30 marzo 2017 (parere reso sullo schema di decreto correttivo sottoposto al vaglio della Presidenza del Consiglio dei ministri il 6 marzo 2017, prima di essere trasmesso, tra gli altri, al Consiglio di Stato per il previsto parere) numerose modifiche all'art. 29, co. 1, d.lgs. n. 50 del 2016.

pubblicazione degli atti *de quibus* sul profilo del committente della stazione appaltante. L'art. 29 d.lgs. cit. si limitava a chiarire che tale pubblicazione doveva avvenire “nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti”, *ergo*, la stazione appaltante doveva, semplicemente, pubblicare l'elenco degli ammessi e degli esclusi.

Tuttavia, il ricorrente per proporre un ricorso efficace ed efficiente, in ossequio al principio di effettività della tutela giurisdizionale, dovrebbe essere a conoscenza dei motivi che hanno determinato i provvedimenti di ammissione o di esclusione, non desumibili dalla mera pubblicazione dell'elenco degli ammessi e degli esclusi¹⁰⁰⁸.

Dunque, l'assenza dell'obbligo in capo alla stazione appaltante di esternare i motivi determinanti l'ammissione o l'esclusione, conoscibili solo attraverso una richiesta scritta dell'interessato *ex art. 76 d.lgs. n. 50 del 2016*¹⁰⁰⁹, unitamente al differimento, *ex art. 53 d.lgs. n. 50 del 2016*, del diritto di accesso agli atti “in relazione alle offerte, sino all'aggiudicazione”¹⁰¹⁰, facevano dubitare che la normativa *de qua* consentisse al ricorrente di proporre un ricorso efficace ed efficiente.

È difatti necessario, ai fini di un effettivo esercizio del diritto di difesa, che il ricorrente, considerata già l'eccessiva brevità dell'arco temporale in cui possa esperire il ricorso, sia posto nelle condizioni non solo di conoscere con esattezza il *dies a quo* di decorrenza del termine, ma anche dei motivi che sorreggono l'atto impugnato. In caso contrario, la mancata consapevolezza dei motivi determinanti l'ammissione o l'esclusione¹⁰¹¹, nonché la difficoltà di accedere agli atti di gara nella fase precedente all'aggiudicazione, obbligano il ricorrente a proporre un ricorso “al buio”, con conseguente *vulnus* all'esercizio del diritto di azione e di difesa.

Nonostante i profili critici evidenziati da gran parte della dottrina¹⁰¹² e della giurisprudenza¹⁰¹³, secondo cui, oltre alle suddette osservazioni, la disciplina dell'accesso agli atti è inidonea a consentire la piena e tempestiva conoscenza della documentazione di gara, obbligando il ricorrente a proporre un ricorso “al buio”, non mancavano decisioni giurisprudenziali¹⁰¹⁴ che ritenevano compatibile il rito “super-speciale” con l'esercizio del diritto di difesa costituzionalmente garantito. Difatti, tale indirizzo interpretativo, richiamando il prevalente orientamento giurisprudenziale sorto sulla corretta interpretazione degli artt. 41, co. 2, c.p.a. e 120, co. 5, c.p.a., afferma che ai fini della decorrenza del termine per impugnare un atto amministrativo è sufficiente che il ricorrente abbia

¹⁰⁰⁸ Cfr. M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, *op. cit.*, 15 ss.

¹⁰⁰⁹ Che aveva eliminato l'accesso *ex lege* agli atti di gara, prima previsto dall'abrogato art. 79 d.lgs. n. 163 del 2006.

¹⁰¹⁰ Dal combinato disposto degli artt. 76 e 53 d.lgs. n. 50 del 2016 si evinceva un sostanziale divieto di accesso agli atti nella fase preliminare della procedura di gara.

¹⁰¹¹ A causa dell'assenza di un obbligo di comunicare i motivi ad opera della stazione appaltante.

¹⁰¹² Cfr. C. CONTESSA, *Commento all'art. 204*, in *Codice degli appalti e delle concessioni. Il Dlgs 50/2016 commentato articolo per articolo*, *op. cit.*, 632 ss.; M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, *op. cit.*

¹⁰¹³ Cfr. per tutti Tar Campania, Napoli, sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852.

¹⁰¹⁴ Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 2 febbraio 2017, n. 696.

avuto conoscenza dell'atto nei suoi elementi essenziali, potendo far valere i vizi di legittimità conosciuti successivamente attraverso la proposizione dei motivi aggiunti. Inoltre, incombe in capo al ricorrente l'onere di attivarsi, attraverso la richiesta di accesso agli atti, per venire a conoscenza degli atti di gara nella loro interezza.

Ebbene, sempre a parere dell'ultimo orientamento menzionato, anche ammettendo il difficile coordinamento della normativa sull'accesso agli atti di gara, che spesso non consente di essere attivata prima dello scadere del termine per proporre il ricorso, con quella dettata per il nuovo rito "super-speciale", comunque si tratta di un limite superabile attraverso la proposizione di motivi aggiunti a seguito della scoperta di ulteriori profili di illegittimità, sconosciuti al momento dell'esperimento del ricorso principale¹⁰¹⁵. Anche se, si potrebbe obiettare, la proposizione dei motivi aggiunti potrebbe comportare un onere di attivazione ai fini della conoscenza dei vizi che¹⁰¹⁶ inficiano l'atto lesivo sproporzionato rispetto al risultato da raggiungere, che esubera l'ordinaria diligenza normalmente richiesta.

Alcune delle criticità appena esposte riguardo alla concreta possibilità di proporre un ricorso ossequioso dei canoni di effettività della tutela giurisdizionale vengono, in parte, superate attraverso la modifica dell'art. 29, co. 1, d.lgs. n. 50 del 2016, ad opera dell'art. 19 d.lgs. n. 56 del 2017. Difatti, viene inserito un nuovo terzo periodo all'art. 29, co. 1, d.lgs. cit. ove, ai fini dell'assicurazione di un'effettiva conoscenza degli atti, si prevedono come modalità di avviso ai concorrenti tutti i mezzi di comunicazione elettronici e non solo la PEC¹⁰¹⁷ e, soprattutto, si specifica che "il termine per l'impugnativa di cui al citato art. 120, comma 2-bis, decorre dal

¹⁰¹⁵ Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 2 febbraio 2017, n. 696, che riporta la posizione sostenuta dalla parte ricorrente, la quale "evidenzia una discrasia tra l'onere di immediata impugnativa e la disciplina dell'accesso agli atti, che non consentirebbe la tempestiva piena conoscenza della documentazione di gara inerente all'ammissione dei partecipanti e, comunque, non assicurerebbe una rapidità tale da consentire il rispetto del termine decadenziale di 30 giorni, rendendo necessario un ricorso al buio". Difatti, a parere del ricorrente, il termine per impugnare dovrebbe decorrere "solo dal momento in cui la stazione appaltante ha reso pienamente conoscibili tutti gli atti di gara, ovverossia dal momento in cui la ditta abbia chiesto l'accesso documentale in termini ragionevoli e lo abbia concretamente ottenuto, acquisendo piena conoscenza dei medesimi atti". Di contrario avviso è, invece, il Tar Campania che, richiamando il prevalente indirizzo giurisprudenziale menzionato nel testo, ritiene non si ponga una questione di compatibilità costituzionale e comunitaria dell'art. 120, co. 2-bis, c.p.a., in quanto è sufficiente che la stazione appaltante comunichi al destinatario gli estremi dell'avvenuta ammissione-esclusione. "Al limite si può porre una questione di coordinamento con la normativa che disciplina l'accesso agli atti, comunque superabile in base all'istituto della proposizione dei motivi aggiunti per i profili di illegittimità conosciuti successivamente per effetto dell'integrale conoscenza degli atti". In ogni caso, vi è un onere in capo al ricorrente di attivarsi per ottenere l'accesso agli atti. Difatti, nel caso deciso dal Tar Campania, il g.a. rigetta i rilievi eccepiti dalla parte ricorrente, in quanto "non solo non ha impugnato il provvedimento di ammissione ma non si è neanche diligentemente adoperata per chiedere tempestivamente l'accesso agli atti, formulando la relativa istanza con ritardo rispetto allo spirare dei termini per l'impugnativa".

¹⁰¹⁶ Il nuovo terzo periodo dell'art. 29, co. 1, d.lgs. cit., ricalca quanto prima statuito dall'art. 76, co. 3, d.lgs. cit., contestualmente abrogato ad opera dell'art. 45 del d.lgs. n. 56 del 2017.

¹⁰¹⁷ Comunicazione che deve avvenire decorso il termine ordinatorio di due giorni dalla data di pubblicazione degli atti sul profilo del committente della stazione appaltante nella sezione "Amministrazione trasparente".

momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione”¹⁰¹⁸.

Dunque, sulla scorta di quanto aveva auspicato attenta dottrina¹⁰¹⁹, viene introdotto un obbligo in capo alla stazione appaltante di esternare i motivi che sorreggono l’atto di ammissione-esclusione. Più nello specifico, il legislatore, su proposta del Consiglio di Stato espressa nel parere n. 432 del 2017¹⁰²⁰, àncora il *dies a quo* di decorrenza del termine al momento in cui il ricorrente abbia ottenuto la concreta disponibilità dell’atto da impugnare, unitamente alla comunicazione dei motivi che ne hanno determinato l’adozione. Sono queste le condizioni che consentono al ricorrente di avere tempestiva ed effettiva conoscenza degli atti e dei vizi che li inficiano, ai fini della proposizione di un ricorso efficace ed efficiente, compatibile con l’esercizio del diritto di azione e di difesa costituzionalmente garantito.

Tuttavia, l’ordinanza del Tar Piemonte in precedenza menzionata¹⁰²¹, anche dopo la suddetta modifica legislativa, non ritiene completamente soddisfatte le ragioni del ricorrente, in quanto considera necessaria ai fini di un effettivo esercizio del diritto di difesa la piena conoscenza di tutta la documentazione amministrativa relativa ai concorrenti, in possesso della stazione appaltante, ottenibile attraverso un’istanza di accesso agli atti della procedura d’affidamento. Tuttavia, l’art. 53, co. 3, d.lgs. n. 50 del 2016, come chiarito, prevede un divieto di rendere noti gli atti di gara, sino all’aggiudicazione¹⁰²². Dunque, a parere del Tar Piemonte, è ancora presente la possibilità che il ricorrente proponga un ricorso “al buio”, potendo avere conoscenza di tutti i vizi che inficiano l’atto lesivo solo in un secondo momento, allorquando gli sarà concesso di utilizzare lo strumento dei motivi aggiunti¹⁰²³.

¹⁰¹⁸ Per un’analisi più puntuale delle modifiche introdotte all’art. 29 d.lgs. n. 50 del 2016 ad opera del decreto correttivo al Codice del 2016 sia consentito rinviare a F. FORTE, *Contenzioso (art. 204) e rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale (artt. 205-211)*, in *Corso sul codice dei contratti pubblici (aggiornato con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56)*, a cura di E. FOLLIERI, Napoli, 2017, 703 ss.

¹⁰¹⁹ Per i riferimenti dottrinali cfr. la precedente nota 994. Sul punto si aggiunga che M.A. SANDULLI, *Un mini passo in avanti verso l’effettività della tutela in tema di contratti pubblici? Primissime considerazioni sull’art. 19 d.lgs. n. 56 del 2017*, in www.lamministrativista.it, apprezza la suddetta modifica legislativa, seppur sottolinea che si tratta di un “timido” passo verso l’effettività della tutela, in quanto bisogna ancora correggere quegli ostacoli e limiti che “gli ultimi interventi legislativi hanno criticabilmente introdotto”.

¹⁰²⁰ Si tratta del parere reso sullo schema di decreto correttivo sottoposto al vaglio della Presidenza del Consiglio dei ministri il 6 marzo 2017, prima di essere trasmesso, tra gli altri, al Consiglio di Stato per il relativo parere.

¹⁰²¹ Si tratta di Tar Piemonte, sez. I, ord. 17 gennaio 2018, n. 88.

¹⁰²² A ciò si aggiunga che l’art. 53, co. 4, d.lgs. n. 50 del 2016 “rende punibile, ai sensi dell’art. 326 c.p. (rivelazione di segreti d’ufficio), la condotta del pubblico ufficiale o degli incaricati di pubblico servizio (endiadi in cui sono compresi tutti i funzionari addetti alla procedura di gara) inosservante del divieto. La cogenza di tale incondizionato divieto, oltre a porre questioni di coordinamento con l’art. 29 cit., lascia prevedere una giustificata ritrosia dei soggetti responsabili della procedura a rendere ostensibile, oltre al provvedimento di ammissione, la documentazione amministrativa dei concorrenti, costringendo gli operatori a proporre ricorsi “al buio” ovvero, come confermato dalle già numerose pronunce intervenute sul punto, a presentare ulteriori ricorsi per l’accertamento del diritto di accesso alla documentazione necessaria per la proposizione del ricorso ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a.”.

¹⁰²³ Con oneri aggiuntivi, in quanto sarà costretto a versare ulteriormente il contributo unificato, con la conseguenza che sarà disincentivato dal proporre ricorso.

In ogni caso, dopo l'adozione del decreto correttivo riguardo al *dies a quo* di decorrenza del termine di trenta giorni per impugnare le ammissioni-esclusioni dovrebbe essere stato raggiunto un punto fermo: il termine in esame decorre non dalla sola pubblicazione dei provvedimenti *de quibus*, ma dal momento in cui il ricorrente abbia avuto la concreta disponibilità dell'atto impugnato, unitamente alla comunicazione della sua motivazione. Di conseguenza, in difetto di pubblicazione, il termine *de quo* non potrebbe decorrere e il rito "super-speciale" non dovrebbe trovare applicazione, non potendo valere la piena conoscenza, non avendo il legislatore menzionato tale criterio. Tuttavia, si registrano orientamenti ondivaghi della giurisprudenza amministrativa riguardo all'applicazione o meno del criterio della piena conoscenza¹⁰²⁴, a parere di alcuni indirizzi interpretativi applicabile in difetto, o addirittura a prescindere, dall'avvenuta pubblicazione dell'atto.

Un primo orientamento giurisprudenziale¹⁰²⁵, maggiormente aderente alla formulazione letterale dell'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a., ritiene che la norma *de qua* abbia "espressamente ed inequivocabilmente"¹⁰²⁶ fissato quale *dies a quo* di decorrenza del termine di impugnazione la data di pubblicazione degli atti di ammissione-esclusione sul profilo del committente della stazione appaltante¹⁰²⁷. Trattandosi di una normativa speciale, che deroga alla disciplina generale in tema di impugnazione degli atti delle procedure di affidamento e, dunque, anche ai meccanismi di computo del termine, è destinata a prevalere "su ogni altra previsione o applicazione di tipo giurisprudenziale"¹⁰²⁸.

In altri termini, se gli artt. 120, co. 2-*bis*, c.p.a. e 29 d.lgs. n. 50 del 2016 hanno previsto, come unico *dies a quo* di decorrenza del termine per impugnare, la pubblicazione degli atti di

¹⁰²⁴ Cfr. sul punto S. TRANQUILLI, *Individuazione del dies a quo per impugnare le ammissioni alla gara. Prmissime riflessioni a margine di recenti oscillazioni giurisprudenziali*, in www.lamministrativista.it

¹⁰²⁵ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2018, n. 1843; Id., sez. III, 26 gennaio 2018, n. 565; Id., sez. III, 25 novembre 2016, n. 4994; Tar Piemonte, sez. II, 26 febbraio 2018, n. 262; Tar Lazio, sez. III, 27 luglio 2018, n. 8511; Tar Puglia, Bari, 25 giugno 2018, n. 934; Tar Campania, Napoli, sez. V, 6 ottobre 2017, n. 4689; Tar Lazio, Roma, sez. III *quater*, 22 agosto 2017, n. 9379; Tar Puglia, Bari, sez. I, 7 dicembre 2016, n. 1367; Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 20 novembre 2017, n. 2705; Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 13 gennaio 2017, n. 24.

¹⁰²⁶ Tar Lazio, Roma, sez. III *quater*, 22 agosto 2017, n. 9379.

¹⁰²⁷ Osserva Tar Lazio, sez. III, 27 luglio 2018, n. 8511, che il *dies a quo* di decorrenza del termine si computa dalla data della pubblicazione degli atti sul profilo del committente. Tuttavia, "un momento cognitivo equivalente" potrebbe essere individuato solo nella comunicazione o notificazione individuale del provvedimento, "purché completa di ogni elemento utile a farne apprezzare la lesività da parte di un operatore di normale diligenza". Inoltre, la mera presenza di uno o più delegati della impresa ricorrente alla seduta pubblica di apertura delle offerte, anche se dovesse aver consentito all'impresa medesima di apprendere notizia dell'avvenuta ammissione non le consentirebbe, sicuramente, "di poterne rilevare, neanche in via astratta o approssimativa, la possibile illegittimità, la cui verifica" appare un adempimento impossibile in sede di seduta pubblica.

¹⁰²⁸ Tar Lazio, Roma, sez. III *quater*, 22 agosto 2017, n. 9379. Cfr., nello stesso senso, Tar Piemonte, sez. II, 26 febbraio 2018, n. 262, secondo cui l'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a. "è norma processuale di stretta interpretazione, derogatoria dei principi tradizionalmente affermati nel contenzioso sui pubblici appalti. Pertanto, in difetto del contestuale funzionamento del meccanismo di pubblicità degli atti di cui si impone l'immediata impugnazione, la relativa decadenza processuale non può operare, a causa della carenza del presupposto adempimento pubblicitario che garantisca la tempestiva informazione degli interessati circa l'identità delle imprese ammesse e la decorrenza del termine accelerato per l'impugnativa".

ammissione-esclusione, non possono trovare applicazione gli artt. 41, co. 2, c.p.a. e 120, co. 5, c.p.a., nonché l'orientamento giurisprudenziale prevalente formatosi sulle predette disposizioni, secondo cui, in difetto di formale comunicazione dell'atto impugnato, sopperisce il criterio della piena conoscenza *aliunde* acquisita¹⁰²⁹.

Dunque, a parere del detto filone giurisprudenziale, qualora non vengano rispettati gli adempimenti pubblicitari prescritti dalla norma *de qua*, è necessario prediligere l'interpretazione meno sfavorevole all'esercizio del diritto di difesa e al principio di effettività della tutela giurisdizionale¹⁰³⁰. Più nello specifico, in assenza di pubblicazione degli atti *de quibus*, la preclusione processuale imposta dal rito "super-speciale" non può trovare applicazione; pertanto, cessa di operare anche la *fictio iuris* secondo cui si era attribuito all'atto di ammissione valenza provvedimento al solo fine di ritenerlo immediatamente impugnabile ai sensi dell'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a. Dunque, torna *in auge* l'orientamento giurisprudenziale consolidato secondo cui l'atto di ammissione ha valenza endoprocedimentale ed è impugnabile solo unitamente al provvedimento di aggiudicazione¹⁰³¹.

Di contrario avviso è un secondo orientamento giurisprudenziale¹⁰³² secondo cui nonostante l'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a., ai fini della determinazione del *dies a quo* di decorrenza, preveda quale unico strumento conoscitivo la pubblicazione degli atti di ammissione-esclusione sul profilo del committente della stazione appaltante, ciò non implica l'inapplicabilità del principio generale ricavabile dagli artt. 41, co. 2, e 120, co. 5, c.p.a., per cui, anche a prescindere da una formale comunicazione dell'atto (in tal caso dalla pubblicazione), il termine per proporre impugnazione

¹⁰²⁹ La piena conoscenza coincide con la data della seduta di gara ove è stata disposta l'ammissione o l'esclusione, nel caso in cui fosse presente il rappresentante legale dell'impresa esclusa. Tuttavia, se questo vale per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, non può valere qualora si impugni con il rito super-speciale l'atto di ammissione-esclusione. Difatti, trattandosi di una normativa speciale, insuscettibile di interpretazioni estensive, il mezzo di comunicazione del provvedimento previsto dall'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a. è tassativo; pertanto, il *dies a quo* di decorrenza del termine corrisponde solo con quello prescritto dalla norma, non potendo trovare applicazione il criterio della piena conoscenza. Difatti, Tar Piemonte, sez. II, 26 febbraio 2018, n. 262, specifica che qualora fosse impugnato un atto di ammissione il termine di impugnazione non potrebbe decorrere, in maniera analoga al provvedimento di aggiudicazione, in un momento precedente rispetto alla sua formale pubblicazione, *id est* dalla data della seduta pubblica di apertura delle offerte, ancorché fosse presente un rappresentante dell'impresa concorrente. In senso analogo cfr. Tar Campania, Napoli, sez. V, 6 ottobre 2017, n. 4689; Tar Puglia, Bari, 25 giugno 2018, n. 934, secondo cui: "L'onere di immediata impugnativa dell'altrui ammissione alla procedura di gara senza attendere l'aggiudicazione, previsto dalla disposizione di cui all'art. 120, comma 2 bis c.p.a., è subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura ai sensi dell'art. 29, comma 1 dlgs n. 50 del 2016; in assenza di quest'ultima, anche se dovesse registrarsi la presenza del delegato dell'impresa alla seduta di gara, non può essere configurato un valore provvedimento autonomo all'atto di ammissione alla procedura, sicché l'impugnazione deve essere svolta al momento della comunicazione dell'aggiudicazione".

¹⁰³⁰ Cfr. sul punto Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2018, n. 1843; Tar Piemonte, sez. II, 26 febbraio 2018, n. 262, le quali chiariscono che "in presenza di dubbi esegetici sull'applicabilità del più rigoroso regime decadenziale, gli stessi devono essere risolti preferendo l'opzione meno sfavorevole per l'esercizio del diritto di difesa e, quindi, maggiormente conforme ai principi costituzionali espressi dagli artt. 24, 11 e 113 Cost., nonché al principio di effettività della tutela giurisdizionale nel settore degli appalti pubblici secondo le direttive europee".

¹⁰³¹ Cfr., tra le altre, Tar Campania, Napoli, sez. I, 29 maggio 2017, n. 2843.

¹⁰³² Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5870; Tar Veneto, sez. I, 17 maggio 2017, n. 492; Tar Toscana, sez. I, 18 aprile 2017, n. 582; Tar Puglia, Bari, sez. III, 8 novembre 2016, n. 1262.

decorre dal momento in cui l'interessato ne abbia acquisito *aliunde* la piena conoscenza. Tuttavia, affinché il criterio della piena conoscenza risulti integrato è necessario che il ricorrente sia posto nelle condizioni di percepire “quei profili che ne rendono evidente l'immediata e concreta lesività” per la sua sfera giuridica “in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall'ordinamento processuale”¹⁰³³.

Dunque, non sussistendo una disposizione legislativa che preveda una deroga espressa al principio enunciato dagli artt. 41, co. 2, c.p.a. e 120, co. 5, c.p.a. continua ad applicarsi il principio generale secondo cui, a prescindere dall'invio di una formale comunicazione dell'atto, o meglio dalla pubblicazione nel caso *de quo*, il termine per impugnare decorre dall'avvenuta piena conoscenza del provvedimento lesivo. In altre parole, la piena conoscenza richiesta ai fini della decorrenza del termine può essere *aliunde* acquisita, ossia “provenire da qualsiasi fonte”¹⁰³⁴ e prescinde dalla pubblicazione del provvedimento impugnato. Ciò comporta che il criterio in esame possa essere integrato non solo nel caso in cui la suddetta pubblicazione sia assente, ma, addirittura, qualora il ricorrente acquisti la consapevolezza dell'atto di ammissione-esclusione prima che la stazione appaltante proceda alla sua pubblicazione¹⁰³⁵.

Tuttavia, osserva la dottrina¹⁰³⁶, aderente al primo orientamento menzionato, che tale ultimo indirizzo giurisprudenziale commette l'errore di non distinguere l'ipotesi in cui difetti la pubblicazione, da quella in cui essa avvenga successivamente alla seduta pubblica di gara in cui il ricorrente acquisti la “piena conoscenza”. Difatti, mentre nella prima ipotesi il rito “super-speciale” non dovrebbe applicarsi, in quanto manca l'adempimento pubblicitario espressamente richiesto dalla norma al fine dell'operatività della preclusione processuale da essa prevista; nel secondo caso, invece, non è assente, ma avviene dopo l'adozione degli atti *de quibus* nella suddetta seduta pubblica di gara.

Dunque, in tale ultimo caso, anche se il ricorrente abbia avuto contezza dell'atto di ammissione-esclusione nella seduta di gara, comunque, nei due giorni successivi, la stazione appaltante provvederà a pubblicare gli atti *de quibus*; pertanto, è più corretto che il termine di impugnazione

¹⁰³³ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5870; Tar Veneto, sez. I, 17 maggio 2017, n. 492; Tar Toscana, sez. I, 18 aprile 2017, n. 582.

¹⁰³⁴ Cfr. le due note precedenti per i riferimenti giurisprudenziali.

¹⁰³⁵ Dunque, anche qualora la pubblicazione avvenga successivamente al momento in cui il ricorrente abbia acquisito la piena conoscenza dell'atto impugnato. Contrariamente al primo indirizzo giurisprudenziale menzionato nel testo, a parere del suddetto orientamento la piena conoscenza si intende acquisita qualora l'impresa ricorrente, tramite un suo rappresentante legale, abbia assistito alla seduta pubblica di apertura delle offerte. Dunque, il termine per impugnare l'atto di ammissione-esclusione decorre dalla data di tale seduta, anche se la pubblicazione dell'atto dovesse avvenire successivamente. Fermo restando, che, similmente all'orientamento giurisprudenziale prevalente formatosi sull'art. 41, co. 2, c.p.a. e 120, co. 5, c.p.a., di cui si è discusso nei paragrafi precedenti, ai fini dell'integrazione del criterio della piena conoscenza è necessario che il ricorrente sia reso edotto almeno dei profili che rendano palese la lesività dell'atto impugnato.

¹⁰³⁶ Cfr. S. TRANQUILLI, *Individuazione del dies a quo per impugnare le ammissioni alla gara. Prmissime riflessioni a margine di recenti oscillazioni giurisprudenziali*, op. cit.

decorra dal momento della pubblicazione dei provvedimenti medesimi, ossia nel momento in cui il concorrente sia posto nelle condizioni di avere concreta disponibilità degli atti, unitamente alla consapevolezza delle loro motivazioni.

È utile, infine, rilevare un ulteriore filone giurisprudenziale¹⁰³⁷ che potremmo definire intermedio, in quanto, se da un lato, condivide la posizione del primo orientamento menzionato, secondo cui, in linea di principio, l'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a. detta una disciplina speciale insuscettibile di interpretazioni estensive; dall'altro, rappresenta un'evoluzione del secondo indirizzo interpretativo citato, poiché non esclude l'operatività del criterio della piena conoscenza, purché il ricorrente possa percepire non solo la lesività del provvedimento, ma anche la sua illegittimità.

A parere di questo ulteriore filone giurisprudenziale, proprio perché si tratta di una disciplina derogatoria ai fini della determinazione della piena conoscenza non è sufficiente la presenza dell'impresa concorrente, tramite il rappresentante legale, alla seduta di gara pubblica ove la stazione appaltante prende le opportune determinazioni in ordine alle ammissioni o alle esclusioni. Difatti, tale presenza assicura all'interessato la mera conoscenza del provvedimento di ammissione-esclusione¹⁰³⁸, ma non gli consente di avere effettiva contezza di tutti i vizi che inficiano l'atto lesivo. Dunque, atteso il carattere derogatorio del rito "super-speciale" deve prediligersi un'interpretazione rigorosa del criterio della piena conoscenza che, ai fini della decorrenza del termine per impugnare, deve risultare effettiva, ossia già nella predetta seduta di gara l'interessato deve essere pienamente consapevole di tutti i profili di illegittimità sollevabili¹⁰³⁹.

Sempre a parere del suddetto orientamento se da un lato il carattere derogatorio della normativa *de qua* impone di essere particolarmente rigorosi nella determinazione del criterio della piena conoscenza; d'altro canto, dovendosi nella materia degli appalti pubblici assicurare la rapidità della definizione dei giudizi¹⁰⁴⁰, qualora il ricorrente non sia semplicemente a conoscenza, bensì "esattamente a conoscenza" dei vizi di legittimità da far valere in giudizio, non c'è motivo di procrastinare il *dies a quo* di decorrenza del termine al momento della formale pubblicazione degli

¹⁰³⁷ Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 18 gennaio 2018, n. 394.

¹⁰³⁸ "Oltre alla mera conoscibilità di eventuali profili di illegittimità all'esito di successive indagini" stabilisce Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 18 gennaio 2018, n. 394.

¹⁰³⁹ Difatti, non è sufficiente la mera presenza del rappresentante legale dell'impresa concorrente alla seduta pubblica ove vengono disposte le ammissioni ovvero le esclusioni dalla gara, ma è necessario che sin dalla suddetta seduta il ricorrente sia pienamente consapevole dei profili di illegittimità degli atti impugnati. Cfr. ancora Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 18 gennaio 2018, n. 394.

¹⁰⁴⁰ Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 18 gennaio 2018, n. 394, avverte che nella materia degli appalti pubblici occorre effettuare un bilanciamento tra le esigenze di giustizia e quelle di certezza. Pertanto, non bisogna solo tutelare le ragioni del ricorrente per consentirgli un corretto esercizio del diritto di difesa, ma, a fronte di queste, bisogna considerare anche le ragioni di interesse pubblico "alla pronta definizione delle controversie in materia di gare di appalto, che non consentono indugi nella promozione dell'azione giurisdizionale".

atti¹⁰⁴¹. In definitiva, solo se si verifica la “piena conoscenza” nel modo poc’anzi esposto¹⁰⁴², allora il termine per proporre impugnazione può decorrere anche a prescindere dalla pubblicazione degli atti *de quibus* sul profilo del committente della stazione appaltante.

Tuttavia, rileva attenta dottrina¹⁰⁴³ che seppure l’indirizzo giurisprudenziale da ultimo menzionato ha il pregio di individuare un criterio interpretativo più rigoroso ai fini dell’individuazione del concetto di “piena conoscenza”, rispetto all’orientamento che dà rilievo alla piena conoscenza *aliunde* acquisita, comunque non è fedele alla formulazione della norma *de qua* che ha previsto quale unico strumento conoscitivo la più volte menzionata pubblicazione del provvedimento lesivo. Difatti, a seguito delle modifiche apportate con l’art. 19 d.lgs. n. 56 del 2017 all’art. 29 d.lgs. n. 50 del 2016 non vi dovrebbero essere dubbi sulla determinazione del *dies a quo* di decorrenza del termine, coincidente con il momento in cui il ricorrente acquisti la concreta disponibilità dell’atto da impugnare, unitamente alla consapevolezza della sua motivazione. Dunque, il legislatore ha ancorato la decorrenza del termine ad un evento certo, ossia la pubblicazione del provvedimento sul profilo del committente della stazione appaltante. Inoltre, trattandosi di un rito derogatorio¹⁰⁴⁴, insuscettibile di interpretazioni estensive secondo il suggerimento del Consiglio di Stato espresso nel parere n. 855 del 2016, la sua applicazione è subordinata all’adempimento pubblicitario della pubblicazione. Di conseguenza, il rito *de quo* non potrà operare in assenza di pubblicazione, invece, nel caso in cui essa avvenga successivamente alla supposta conoscenza nella seduta di gara dell’atto da impugnare, l’art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a. dovrà applicarsi e, dunque, il termine per proporre ricorso decorrerà dall’adempimento pubblicitario previsto espressamente da detta norma.

In definitiva, se *in claris non fit interpretatio*, poiché il legislatore ha stabilito con esattezza il *dies a quo* di decorrenza del termine, allora non c’è ragione di ricorrere al criterio meno garantistico della piena conoscenza, anche se determinato in maniera rigorosa.

6. Disciplina processuale del nuovo rito “superspeciale”.

Dopo aver esposto l’ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale sorto sull’art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a., è opportuno concentrarsi sulla disciplina processuale del nuovo rito superspeciale dettata

¹⁰⁴¹ Sussistendo i requisiti idonei ad integrare la piena conoscenza “non vi sarebbe, infatti, ragione per procrastinare il termine di impugnativa prolungando la situazione di incertezza sulla sorte finale della gara d’appalto che la norma sull’onere di impugnativa immediata ha inteso ridurre”. Così Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 18 gennaio 2018, n. 394, la quale sul punto richiama un suo precedente giurisprudenziale: Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 7 novembre 2017, n. 5221.

¹⁰⁴² Se la conoscenza è piena nel senso specificato dal Tar Campano, allora si ritiene preferibile l’orientamento giurisprudenziale che dà rilievo all’avvenuta conoscenza. Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 18 gennaio 2018, n. 394.

¹⁰⁴³ Cfr. sul punto S. TRANQUILLI, *Individuazione del dies a quo per impugnare le ammissioni alla gara. Prmissime riflessioni a margine di recenti oscillazioni giurisprudenziali*, *op. cit.*

¹⁰⁴⁴ È derogatorio non solo rispetto al rito ordinario, ma anche agli altri riti speciali già presenti in materia.

all'art. 120, co. 6-*bis*, c.p.a., che desta ulteriori preoccupazioni riguardo al corretto esercizio del diritto di difesa compromesso dall'eccessiva contrazione dei tempi del processo, registrandosi, anche in tal caso, un instabile equilibrio tra effettività della tutela e celerità del giudizio¹⁰⁴⁵.

Ebbene, l'art. 204, co. 1, lett. d), d.lgs. n. 50 del 2016, inserisce nell'art. 120 c.p.a. il comma 6-*bis*, recante la disciplina processuale applicabile al nuovo rito *ex art.* 120, co. 2-*bis*, c.p.a., sempre in attuazione dell'art. 1, co. 1, lett. bbb) che prevede la “revisione e razionalizzazione del rito abbreviato per i giudizi di cui alla lettera a) dell'art. 119 c.p.a., *anche* mediante l'introduzione di un rito speciale in camera di consiglio”¹⁰⁴⁶.

In applicazione del suddetto criterio di delega, il legislatore delegato aggiunge, come detto, il co. 6-*bis* all'art. 120 c.p.a., secondo cui: “Nei casi previsti al comma 2-*bis*, il giudizio è definito in una camera di consiglio da tenersi entro 30 giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Su richiesta delle parti il ricorso è definito, negli stessi termini, in udienza pubblica”.

Dunque, il co. 6-*bis* prevede la trattazione delle controversie insorte sui provvedimenti di ammissione-esclusione in camera di consiglio, con la possibilità “su richiesta delle parti” di chiedere che il giudizio sia definito, negli stessi termini, in udienza pubblica.

Parte della dottrina¹⁰⁴⁷ ritiene che la possibilità prevista per le parti di richiedere il passaggio all'udienza pubblica sia finalizzata ad evitare la violazione degli artt. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e 6 della CEDU che, tra le garanzie del diritto fondamentale ad un “equo processo” riconosciute a tutti gli individui, prevedono anche il diritto “a che la sua causa sia esaminata pubblicamente”. Tuttavia, rimettere alle parti in causa la scelta di trattare il giudizio in udienza pubblica non appare rispettoso del diritto fondamentale ad un “equo processo” che sembra diventare disponibile e rinunciabile, con un evidente *vulnus* al principio di effettività della tutela giurisdizionale¹⁰⁴⁸. Inoltre, attenta dottrina¹⁰⁴⁹ ritiene “opinabile” la scelta di trattare il rito *ex art.*

¹⁰⁴⁵ Cfr. M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, *op. cit.*, 18, secondo cui “il quadro è aggravato dalla estrema e irragionevole contrazione dei tempi del processo che, inevitabilmente, si riflette sulla sua ‘giustizia’”. Cfr. ancora in argomento ID., *Il tempo del processo come bene della vita*, *Relazione al 60° Convegno di Studi di Scienze Amministrative*, Varenna, 2014, in www.federalismi.it. Per l'instabile equilibrio tra le due, a volte opposte, esigenze di effettività della tutela e celerità dei giudizi cfr. più ampiamente I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 401 ss.

¹⁰⁴⁶ Cfr. sul punto E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, *op. cit.*, 883, il quale osserva che la legge delega n. 11 del 2016 all'art. 1, co. 1, lett. bbb) è così dettagliata nel prevedere l'introduzione del rito “superspeciale” che “il decreto delegato non deve far altro che stabilire i termini e precisare il rito speciale”.

¹⁰⁴⁷ E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, *op. cit.*, 883; M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e ‘precontenziosa’ nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, *op. cit.*, 31 ss.; C. CONTESSA, *Commento all'art. 204*, in *Codice degli appalti e delle concessioni. Il Dlgs 50/2016 commentato articolo per articolo*, *op. cit.*, 638.

¹⁰⁴⁸ Cfr. E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, *op. cit.*, 883.

¹⁰⁴⁹ M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e ‘precontenziosa’ nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, *op. cit.*, 31 ss., secondo cui “non si comprende molto l'utilità della scelta del legislatore delegante, orientato verso la previsione di un rito in camera di consiglio. Il processo di cui agli articoli 119 e 120 è già caratterizzato da rapide

120, co. 2-bis, c.p.a. in camera di consiglio, in quanto tale scelta legislativa non comporta un'accelerazione temporale maggiore rispetto ai tempi già contratti previsti dal rito speciale appalti *ex art.* 120 ss. c.p.a. e non sembra ossequiosa del principio di trasparenza e pubblicità, sicuramente non rispettato attraverso la mera richiesta delle parti di trattare la causa in udienza pubblica.

A ciò si aggiunga che il legislatore delegato non è stato fedele ai principi e criteri direttivi della legge delega, che prevedeva “la revisione e razionalizzazione del rito abbreviato per i giudizi di cui alla lettera a) dell’art. 119 c.p.a., *anche* mediante l’introduzione di un rito speciale in camera di consiglio”¹⁰⁵⁰. Dunque, la scelta del legislatore delegato di prevedere come ordinario *modus procedendi* la trattazione della causa in camera di consiglio e solo eccezionalmente, su richiesta delle parti, il passaggio all’udienza pubblica non rispecchia la volontà della legge delega che si limita a prevedere l’introduzione di un rito in camera di consiglio, senza accennare ad alcuna possibilità di alternativa.

Ma vi è di più. Molto più correttamente la legge delega prevedeva una prospettiva ribaltata rispetto a quella realizzata nel co. 6-bis, in quanto l’utilizzo del termine *anche* fa intuire che la trattazione della causa in camera di consiglio doveva rappresentare una mera possibilità che si poneva come eccezionale rispetto all’ordinario svolgimento del rito in pubblica udienza.

Il co. 6-bis dell’art. 120 c.p.a. istituisce un rito “iper-contratto”, “super-accelerato” e ci si può rendere conto di ciò solo che si confrontino i termini processuali già contratti previsti dal giudizio speciale *ex art.* 120 e ss. c.p.a. e quelli del nuovo rito “superspeciale”. Il co. 6-bis stabilisce che la data dell’udienza deve essere fissata entro trenta giorni, anziché quarantacinque, decorrenti dalla scadenza del termine previsto per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente e cioè decorsi trenta giorni, o quarantacinque qualora le parti o alcune di esse risiedano in un altro Stato membro dell’UE o settantacinque giorni se residenti al di fuori dell’Europa, dalla notifica del ricorso nei loro confronti¹⁰⁵¹. “Il decreto di fissazione dell’udienza è comunicato alle parti 15 giorni prima dell’udienza”.

scansioni temporali e il rito in camera di consiglio non assicura alcuna particolare accelerazione temporale aggiuntiva”. Piuttosto “la previsione di un rito in camera di consiglio sembra quasi voler gettare un’ombra sulla ordinaria trasparenza e accessibilità del processo in materia di appalti pubblici: il potere delle parti di chiedere l’udienza pubblica non soddisfa affatto l’esigenza “generale” della pubblicità”.

¹⁰⁵⁰ Cfr. ancora sul punto M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e ‘precontenziosa’ nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, *op. cit.*, 32, il quale osserva: “ci si potrebbe anche chiedere se la previsione del doppio binario corrisponda alla volontà della delega, che parla puramente e semplicemente di rito in camera di consiglio: la previsione di un’alternativa complica inutilmente il quadro e introduce un elemento di rischio, dal momento che l’eventuale violazione della regola di pubblicità potrebbe determinare la nullità del procedimento, ai sensi dell’art. 87, comma 4 del CPA. A ben vedere, la delega, contemplando la mera possibilità della camera di consiglio “anche mediante l’introduzione di un rito speciale in camera di consiglio” non imponeva affatto questa soluzione. Si auspica, allora, che, in un’ottica di semplificazione procedurale, in sede di correttivo al codice sia previsto sempre il rito in udienza pubblica”. Tuttavia, il decreto correttivo non ha apportato alcuna modifica sul punto.

¹⁰⁵¹ Cfr. E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, *op. cit.*, 884.

Diversamente, il co. 6 dell'art. 120 c.p.a. stabilisce che “della data di udienza è dato immediato avviso alle parti a cura della segreteria, a mezzo posta elettronica certificata”. Dunque, se da un lato si deve riconoscere al co. 6-*bis* il merito di aver chiarito il termine preciso entro cui poter esercitare il diritto di difesa, superando una delle incoerenze del comma 6 che non coordina tra loro i diversi termini di giudizio, dall'altro non appare condivisibile l'eliminazione dell'obbligo di dare immediata comunicazione alle parti della data dell'udienza attraverso PEC¹⁰⁵².

Il comma in esame continua col ridurre i termini per la produzione di documenti, memorie e repliche confermando l'attenzione a sincronizzare correttamente i diversi termini di giudizio: “le parti possono produrre documenti fino a 10 giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a 6 giorni liberi prima e presentare repliche ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista della camera di consiglio, fino a 3 giorni liberi prima”.

Nel prosieguo la norma prevede la possibilità di differire la data dell'udienza pubblica o della camera di consiglio, ma solo in casi particolari: per esigenze istruttorie, per integrare il contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale. “L'ordinanza istruttoria fissa per il deposito di documenti un termine non superiore a 3 giorni decorrenti dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della stessa. La nuova camera di consiglio deve essere fissata non oltre 15 giorni”. Dunque, viene contratto entro un massimo di 3 giorni il termine per il deposito degli adempimenti istruttori e la fissazione dell'ulteriore camera di consiglio deve avvenire “non oltre 15 giorni”, anziché trenta giorni previsti per il rito speciale *ex art.* 120 ss. c.p.a.

Attenta dottrina¹⁰⁵³ esprime preoccupazione per la “iper-accelerazione” dei tempi che potrebbe avere un effetto negativo sui termini a difesa, fermo restando che tali termini così contratti si applicheranno solo nei particolari casi espressamente previsti dal comma in questione (*id est* per esigenze istruttorie, integrare il contraddittorio, proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale), trovando, invece, applicazione i termini di cui agli artt. 119 e 120 c.p.a. in tutti gli altri casi.

Sempre in un'ottica acceleratoria si pone la successiva disposizione secondo cui: “non può essere disposta la cancellazione della causa dal ruolo”.

7. La proposizione del ricorso per motivi aggiunti nel rito “superspeciale”. La novella dell'art. 120, co. 7, c.p.a.

L'art. 204, co. 1, lett. e), d.lgs. n. 50 del 2016, aggiunge all'*incipit* dell'art. 120, co. 7, c.p.a., la seguente locuzione: “Ad eccezione dei casi previsti al comma 2-*bis*”, mentre nel prosieguo la

¹⁰⁵² Cfr. M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e 'precontenziosa' nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, *op. cit.*, 31 ss.

¹⁰⁵³ Cfr. E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, *op. cit.*, 883 ss.; M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e 'precontenziosa' nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, *op. cit.*, 31 ss.; M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, *op. cit.*, 18 ss.

disposizione rimane invariata “i nuovi atti attinenti la medesima procedura di gara devono essere impugnati con ricorso per motivi aggiunti”. Il comma *de quo* sembra eliminare l’onere di proporre ricorso per motivi aggiunti nel rito contro le ammissioni-esclusioni, che tuttavia resta negli altri casi di contenzioso sugli appalti.

In altri termini, nel rito “superspeciale” il venir meno “dell’obbligo” di proporre ricorso per motivi aggiunti non significa che al ricorrente sia vietato utilizzare tale strumento, ma che abbia la facoltà di scegliere se avvalersi o meno dello strumento in questione¹⁰⁵⁴. Dunque, al ricorrente è rimessa la facoltà di scegliere se proporre un ricorso autonomo, ovvero di esperirne uno per motivi aggiunti, a differenza degli altri casi di contenzioso sugli appalti ove continua a sussistere l’onere *de quo*, con conseguente inammissibilità dell’eventuale ricorso proposto in via autonoma¹⁰⁵⁵.

Tuttavia, parte della dottrina dubita della concreta utilità della norma in esame, in quanto, pur partendo dall’intento di rendere più celere il processo e “di concentrare in un unico contesto procedimentale”¹⁰⁵⁶ il contenzioso sulle ammissioni-esclusioni, separandolo dalle fasi successive, nella maggioranza dei casi al ricorrente converrà concentrare in un unico giudizio tutte le contestazioni relative alla gara e, rimettendo il legislatore al ricorrente medesimo la scelta di decidere se proporre o meno ricorso per motivi aggiunti, non è difficile prevedere quale sarà l’opzione preferita. È evidente la scarsa utilità di una norma che elimina l’onere, nei casi *de quibus*, di proporre ricorso per motivi aggiunti, quando nella maggior parte delle ipotesi al ricorrente, che adesso ha facoltà di scelta, converrà utilizzare lo strumento dei motivi aggiunti¹⁰⁵⁷.

Anche a parere della giurisprudenza prevalente¹⁰⁵⁸ la locuzione “ad eccezione dei casi previsti al co. 2-bis” non impone un obbligo per il ricorrente di impugnare in via autonoma il provvedimento di aggiudicazione sopraggiunto al non ancora definito giudizio avverso le ammissioni-esclusioni,

¹⁰⁵⁴ Cfr. E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 885, il quale afferma “non pare che la disposizione escluda la possibilità di proporre motivi aggiunti, stante l’espressa previsione del comma 2 bis che la camera di consiglio o l’udienza pubblica possono essere rinviate “per proporre motivi aggiunti” e, quindi, si è voluto attribuire al ricorrente la facoltà di proporli, non essendovi obbligato, a differenza degli altri casi di contenzioso sugli appalti”.

¹⁰⁵⁵ Cfr. I. MARTELLA, *Le novità processuali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, op. cit., 662 ss.

¹⁰⁵⁶ M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e ‘precontenziosa’ nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, op. cit., 33.

¹⁰⁵⁷ Osserva sul punto E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 885, che “il senso della previsione potrebbe essere quello di rendere più celere il processo, a scapito della concentrazione, con scelta rimessa al ricorrente”. E ancora M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e ‘precontenziosa’ nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, op. cit., 33, dubita della concreta utilità della locuzione in esame che “comporta sicuramente il superamento dell’onere di proposizione dei motivi aggiunti, quale strumento esclusivo (a pena di inammissibilità), per l’impugnazione dei provvedimenti connessi a quello oggetto dell’originario ricorso. Ma non determina affatto il divieto, per l’interessato, di esercitare la facoltà, generale, di utilizzare lo strumento dei motivi aggiunti”. *Rebus sic stantibus* “l’utilità della disposizione risulta piuttosto limitata, dal momento che, per il ricorrente (e per le altre parti) dovrebbe essere decisamente preferibile concentrare in un unico giudizio tutte le contestazioni riguardanti la gara”.

¹⁰⁵⁸ Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 19 gennaio 2017, n. 434; Tar Puglia, Bari, sez. I, 7 dicembre 2016, n. 1367.

bensì la facoltà di scegliere se impugnare l'atto sopravvenuto autonomamente, ovvero attraverso il ricorso per motivi aggiunti.

Ed anzi, a parere del suddetto orientamento giurisprudenziale, imporre l'autonoma impugnazione del sopraggiunto provvedimento di aggiudicazione e, dunque, impedire che la contestazione dei provvedimenti di ammissione-esclusione e del sopravvenuto atto di aggiudicazione possa confluire in un unico giudizio, sarebbe, tra l'altro, contrario ai principi di economia e concentrazione processuale¹⁰⁵⁹. Difatti, “una volta che il provvedimento di aggiudicazione intervenga in corso di causa, non appare logico, né utile ai fini delle ragioni di economia processuale, precludere l'impugnativa di quest'ultimo provvedimento con motivi aggiunti”¹⁰⁶⁰.

Osserva, tuttavia, il Tar Piemonte nell'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia dell'UE¹⁰⁶¹ che seppure si volesse aderire all'orientamento giurisprudenziale prevalente comunque si impone al ricorrente “un aggravio processuale ed economico”. Difatti, la previsione di un rito *ad hoc* avverso gli atti di ammissione-esclusione “aggrava il partecipante alla gara dell'onere di proporre una doppia impugnazione, seppure nell'ambito dello stesso giudizio, qualora il provvedimento di aggiudicazione della gara, sia sopraggiunto quando il giudizio *ex art. 120 comma 6 bis* non sia ancora definito”¹⁰⁶².

8. Le impugnazioni nel rito avverso gli atti di ammissione-esclusione.

Riguardo al giudizio di appello¹⁰⁶³ l'ultimo periodo del comma 6-*bis* afferma: “L'appello deve essere proposto entro 30 giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della sentenza e non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla sua pubblicazione”. Dunque, sempre allo scopo di favorire l'accelerazione, non trova più applicazione per la proposizione dell'appello il

¹⁰⁵⁹ Rileva, infatti, Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 19 gennaio 2017, n. 434, che “in questo senso depone fra l'altro il principio generale della cumulabilità delle azioni connesse soggette a riti diversi di cui all'art. 32, comma 1 c.p.a.”. Difatti, se tale principio consente addirittura la cumulabilità di azioni ontologicamente diverse e assoggettate a riti ben distinti, onde assicurare l'unitarietà del giudizio “in coerenza con il principio di effettività e completezza della tutela giurisdizionale”, non c'è ragione di escludere che una tale esigenza non sia avvertita anche “in materia di impugnativa delle procedure di gara”. Ed anzi, a maggior ragione in tale ultimo caso, l'esigenza di garantire una trattazione congiunta dei giudizi dovrebbe essere maggiormente avvertita, trattandosi di provvedimenti “in stretta connessione tra loro, anzi uno condizionante l'altro, come l'esclusione o l'ammissione di concorrenti e l'aggiudicazione definitiva”. Per queste ragioni il Tar Campano “ritiene che il comma 7 dell'art. 120 c.p.a. debba essere interpretato nel senso di riconoscere alla parte ricorrente la facoltà (e non l'obbligo) di proporre autonoma impugnativa avverso il provvedimento di aggiudicazione della gara, ove questo sia sopraggiunto all'introduzione del non ancora definito giudizio *ex art. 120, comma 6 bis, c.p.a.*, senza in assoluto escludere né la possibilità di un'impugnativa congiunta, né la proposizione successiva di motivi aggiunti”.

¹⁰⁶⁰ Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 19 gennaio 2017, n. 434.

¹⁰⁶¹ Tar Piemonte, ord., sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88.

¹⁰⁶² Tar Piemonte, ord., sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88.

¹⁰⁶³ Per maggiori dettagli sull'appello in generale nel processo amministrativo cfr. S. PERONGINI, *L'appello nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di G. PAOLO CIRILLO, 2017, 762 ss.

“termine lungo”, ma si prevede un unico termine di 30 giorni decorrente, a seconda dei casi, dalla comunicazione o notificazione della sentenza di primo grado.

La giurisprudenza¹⁰⁶⁴ ha chiarito che il termine breve di trenta giorni per proporre appello si applica solo alle controversie *ex art. 120, co. 2-bis, c.p.a.*, ossia per le sole impugnazioni “di sentenze di primo grado pronunciate su ricorsi introdotti e definiti ai sensi del combinato disposto dei commi 2-bis e 6-bis dell’art. 120 c.p.a.”. Difatti, per le altre controversie in materia di appalti pubblici resta applicabile il termine lungo di tre mesi¹⁰⁶⁵ dalla pubblicazione della sentenza¹⁰⁶⁶.

Si osservi, però, che la norma in esame non chiarisce termini e modalità con cui debba avvenire la comunicazione, quindi la non applicazione del termine lungo potrebbe far sorgere problemi qualora la comunicazione medesima venga omessa o sia incompleta. Tuttavia, un’ancora di salvezza è rappresentata dall’art. 92, co. 3, c.p.a., che prevede l’applicazione del termine lungo di sei mesi, ridotti a tre per il dimezzamento dei termini operato *ex art. 119 c.p.a.*, seppure nei soli casi in cui la comunicazione della sentenza sia stata omessa, ritardata o non correttamente effettuata¹⁰⁶⁷.

L’art. 204, co. 1, lett. h), d.lgs. n. 50 del 2016, novella il comma 11 dell’art. 120 c.p.a., chiarendo che al giudizio d’appello si applicano “le disposizioni dei commi 2-bis, 3, 6, 6-bis, 8, 8-bis, 8-ter, 9, secondo periodo e 10”. In altri termini, il legislatore delegato, attraverso il rinvio operato dal comma 11 dell’art. 120 c.p.a. alle summenzionate disposizioni, prevede l’applicazione al giudizio d’appello di tutte le nuove regole dettate specificatamente per il rito “superspeciale” avverso i provvedimenti di ammissione-esclusione.

Non è stata prevista alcuna disciplina specifica per gli altri mezzi di impugnazione (opposizione di terzo, revocazione e ricorso per cassazione¹⁰⁶⁸), a cui, a seguito del rinvio operato dall’art. 120, co. 3, c.p.a. all’art. 119 cit., si applicano i termini dimezzati stabiliti per le controversie *ex artt. 119-120 c.p.a.*

Difatti, il rinvio del comma 11 dell’art. 120 c.p.a. si riferisce solo al rito applicabile e non anche ai termini di proposizione delle impugnazioni, che continuano ad essere quelli dimezzati stabiliti dall’art. 119 c.p.a.¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2016, n. 4994, commentata da E. BOSCOLO, *Il rito superspeciale sulle esclusioni e ammissioni dei concorrenti*, in *Giur. it.*, 2017, 175 ss.

¹⁰⁶⁵ Perché dimezzato.

¹⁰⁶⁶ Cfr. E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, *op. cit.*, 885.

¹⁰⁶⁷ Cfr. M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e ‘precontenziosa’ nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, *op. cit.*, 38 ss.

¹⁰⁶⁸ Per una completa ed esaustiva disamina di tutti i mezzi di impugnazione nel processo amministrativo in generale cfr. S. PERONGINI, *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Milano, 2011, 1 ss.

¹⁰⁶⁹ Cfr. M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e ‘precontenziosa’ nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, *op. cit.*, 39.

9. Regime temporale di applicazione del nuovo rito “superspeciale”.

A questo punto è utile circoscrivere l’ambito temporale di applicazione del nuovo rito “superspeciale” avverso gli atti di ammissione-esclusione. È ovvio che non si pone alcun problema nel caso in cui la gara sia stata indetta prima dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016 e il provvedimento di ammissione-esclusione sia stato adottato prima dell’introduzione della nuova normativa processuale, anche se l’atto di aggiudicazione dovesse intervenire dopo il 19 aprile 2016, in quanto, appare evidente, che deve trovare applicazione la precedente normativa. In altri termini, il provvedimento di ammissione-esclusione è stato adottato prima dell’entrata in vigore della nuova normativa processuale dettata all’art. 120, co. 2-*bis* e 6-*bis*, c.p.a., pertanto gli atti *de quibus* devono essere impugnati secondo le vecchie regole.

Invero, problematiche di diritto intertemporale sorgono allorché la gara sia stata bandita prima dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, ma il provvedimento di ammissione-esclusione sia stato adottato dopo l’introduzione delle nuove regole processuali. Difatti, in assenza di una specifica disciplina normativa volta a delimitare l’ambito temporale di applicazione del nuovo rito “superspeciale” ci si è chiesti, in dottrina e in giurisprudenza, se le nuove disposizioni processuali, nel rispetto del principio del *tempus regit actum*¹⁰⁷⁰, siano immediatamente applicabili anche agli atti delle procedure di gara indette in epoca anteriore rispetto alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016; ovvero trovi applicazione, anche per la nuova disciplina processuale, l’art. 216, co. 1, d.lgs. cit. che prevede l’applicazione della nuova normativa solo alle gare indette dopo l’entrata in vigore del Codice.

L’orientamento giurisprudenziale¹⁰⁷¹, in realtà minoritario, favorevole alla prima soluzione ritiene che la natura meramente processuale delle norme introdotte dall’art. 204, co. 1, lett. b) e d), d.lgs. cit., ossia delle disposizioni *ex art.* 120, co. 2-*bis* e 6-*bis*, c.p.a. giustifichi l’applicabilità della regola del *tempus regit actum*, secondo cui “ogni atto della procedura è soggetto al regime normativo vigente al momento della sua adozione”, ove il regime normativo vigente è rappresentato dalle neo-introdotte regole processuali. In altri termini, il principio del *tempus regit actum* implica che il provvedimento di ammissione-esclusione adottato dopo l’entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016 debba essere impugnato secondo le nuove regole processuali, in quanto quest’ultime rappresentano il regime normativo vigente al momento dell’adozione dell’atto, anche se e a prescindere dal fatto che la gara è stata indetta in epoca anteriore e si è svolta sulla base della disciplina dettata dal d.lgs. n. 163 del 2006. Dunque, a parere del suddetto orientamento giurisprudenziale, le regole di cui all’art. 120, co. 2-*bis* e 6-*bis*, c.p.a. sono disposizioni processuali e, in quanto tali, si applicano

¹⁰⁷⁰ In generale sul principio del *tempus regit actum* cfr. R. CAPONI, “*Tempus regit actum*” ovvero autonomia e certezza del diritto processuale civile, in *Giur. it.*, 2007, 689.

¹⁰⁷¹ Cfr. Tar Calabria, Reggio Calabria, 23 luglio 2016, n. 829.

immediatamente e, dunque, anche alle procedure di gara i cui bandi ed avvisi siano stati pubblicati prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, ma il provvedimento di ammissione-esclusione è stato adottato dopo il 19 aprile 2016, *ergo*, sotto la vigenza delle nuove regole processuali introdotte dal d.lgs. cit.

Di diverso avviso altra parte della giurisprudenza¹⁰⁷² secondo cui le nuove regole processuali introdotte dall'art. 204 d.lgs. n. 50 del 2016 si applicano solo alle procedure di gara bandite dopo l'entrata in vigore del citato d.lgs., dunque, a far data dal 19 aprile 2016.

A differenza del primo orientamento citato secondo cui non può, in una siffatta fattispecie, trovare applicazione la disciplina transitoria prevista dall'art. 216 d.lgs. cit., poiché destinata alle sole norme sostanziali e procedurali e non anche a quelle processuali¹⁰⁷³, il secondo indirizzo interpretativo esposto ritiene che l'ambito operativo dell'art. 216, co. 1, d.lgs. n. 50 del 2016¹⁰⁷⁴ si riferisca anche alle regole processuali del nuovo rito "superspeciale", poiché quando il legislatore ha voluto escludere determinate disposizioni dall'ambito di applicazione della norma lo ha fatto espressamente, così come testimoniano l'*incipit* dell'art. 216 d.lgs. cit. e le eccezioni previste nei commi successivi al primo. Pertanto, il citato art. 216 si applica a tutte le previsioni normative contenute nel d.lgs. n. 50 del 2016, non sussistendo "univoci indici" che rivelino una chiara volontà di escludere le norme processuali previste dal nuovo Codice appalti dall'ambito di applicazione

¹⁰⁷² Cfr. Tar Toscana, 3 ottobre 2016, n. 1415; Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2016, n. 4994. Lo stesso principio espresso dal Consiglio di Stato è, da ultimo, applicato da Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 luglio 2018, n. 1097, secondo cui: "venendo in rilievo nella vicenda per cui è causa un bando (del 8.8.2017) pubblicato in epoca successiva alla data di entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici (i.e. 19.4.2016), può operare *ratione temporis* - alla luce del principio di diritto espresso dalla citata sentenza del Consiglio di Stato - il cd. rito super accelerato di cui al combinato disposto dei commi 2 *bis* e 6 *bis* dell'art. 120 cod. proc. amm. (commi entrambi introdotti dall'art. 204 dlgs n. 50/2016)". In senso analogo si esprime Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 giugno 2018, n. 903.

¹⁰⁷³ Che, dunque, si applicano immediatamente anche agli atti delle gare indette prima dell'entrata in vigore del Codice.

¹⁰⁷⁴ Ha chiarito Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2016, n. 4994, che, in astratto, tre erano le opzioni "regolatorie concettualmente disponibili" per risolvere i problemi di diritto intertemporale: "a) la normativa anteriore continua ad applicarsi ai rapporti sorti prima dell'entrata in vigore del nuovo atto normativo (principio di ultrattività); b) la nuova normativa si applica anche ai rapporti pendenti (principio di retroattività); c) previsione di una regolazione autonoma provvisoria". Ebbene, "con riferimento alle disposizioni recate dal d.lg. n. 50 del 2016, il legislatore del 2016 si è fatto carico delle questioni di diritto transitorio e le ha chiaramente risolte scegliendo e utilizzando (tra quelle astrattamente disponibili) l'opzione dell'ultrattività, mediante, cioè, la previsione generale che le disposizioni introdotte dal Dlgs n. 50 del 2016 si applicano solo alle procedure bandite dopo la data dell'entrata in vigore del nuovo "Codice", e, quindi, dopo il 19 aprile 2016, e il rinvio a disposizioni speciali e testuali di un diverso regime di transizione; pertanto, l'anzidetta previsione, chiarissima nella sua portata precettiva, impedisce, innanzitutto, ogni esegesi di questioni ermeneutiche di diritto intertemporale che si fondi sulla regola *tempus regit actum* (pure prospettato come canone risolutivo, in senso contrario a quello qui affermato, del problema in esame), e che si rivela, evidentemente, recessiva rispetto a una disposizione normativa che regola la successione nel tempo delle leggi, e vincola, al contrario, l'interprete ad attenersi alla stretta applicazione della disciplina transitoria. Ne consegue che poiché il rito "superspeciale" di cui ai commi 2 *bis* e 6 *bis* dell'art. 120 c.proc.amm. risulta concepito e regolato in coerenza con la nuova disciplina procedimentale introdotta dal d.lg. n. 50 del 2016, resta del tutto illogica l'entrata in vigore differenziata dei due regimi (processuale e sostanziale) atteso che l'onere di impugnazione immediata, nel termine di trenta giorni, del "provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico finanziari e tecnico-professionali" 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 e, segnatamente, degli art. 29, comma 1, e 76, comma 3.»

della disposizione transitoria. In un siffatto panorama la regola del *tempus regit actum* si rilevarebbe arbitraria, in quanto “sprovvista di ogni fondamento positivo, e, in ogni caso, foriera di incertezze interpretative e di confusione applicativa (e, come tale, da rifiutare)”¹⁰⁷⁵.

A ciò si aggiunga che il nuovo “sottoinsieme processuale accelerato” ex art. 120, co. 2-*bis* e 6-*bis*, c.p.a., è strettamente collegato “al riassetto complessivo della contrattualistica pubblica, i cui profili sostanziali sono indefettibilmente legati a quelli processuali contestualmente introdotti”¹⁰⁷⁶. Ciò vuol dire che le regole processuali sono state dettate in coerenza con la disciplina procedimentale e sostanziale di cui ne sono la proiezione, pertanto, appare irragionevole differenziare il regime temporale di applicazione di disposizioni entrate in vigore nello stesso momento ed inscindibilmente legate tra di loro¹⁰⁷⁷.

Difatti, le nuove regole sull’onere di immediata impugnazione, nel termine di trenta giorni, dei provvedimenti di ammissione-esclusione sono legate da “un vincolo funzionale inscindibile”¹⁰⁷⁸ con quelle che assicurano la pubblicità e la comunicazione degli atti *de quibus*¹⁰⁷⁹.

L’art. 29, co. 1, d.lgs. cit. stabiliva, nella formulazione *ante* d.lgs. n. 56 del 2017, che il termine di trenta giorni per proporre ricorso ex art. 120, co. 2-*bis* e 6-*bis*, c.p.a. decorresse dalla pubblicazione dei provvedimenti di ammissione-esclusione sul profilo del committente; mentre l’art. 76, co. 3, d.lgs. cit.¹⁰⁸⁰ prescriveva di dare avviso ai concorrenti dei suddetti provvedimenti, con le modalità previste dalla norma medesima, contestualmente alla pubblicazione degli stessi. Trattandosi di norme sostanziali è applicabile l’art. 216 d.lgs. cit., dunque, esse trovano applicazione solo per le procedure di gara indette dopo l’entrata in vigore del Codice del 2016. In tal modo si avrebbe un risultato paradossale: le nuove regole processuali, in ossequio al principio del *tempus regit actum*, sarebbero applicabili anche agli atti delle procedure di gara indette prima dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, mentre per le regole sostanziali sull’immediata conoscibilità dei provvedimenti di ammissione-esclusione troverebbe applicazione l’art. 216 d.lgs. cit., *ergo*, si applicherebbero solo per le gare indette dopo il 19 aprile 2016. Difatti, per le procedure di gara indette prima dell’entrata in vigore del Codice del 2016 si applicano le vecchie regole dettate dal d.lgs. n. 163 del 2006, che non prevedevano “analoghi strumenti conoscitivi dei provvedimenti di ammissione”. Pertanto, se si accedesse a tale tesi si avrebbe l’effetto di rendere inattuabili le nuove regole processuali, che non potrebbero funzionare per mancanza di un sistema sostanziale e

¹⁰⁷⁵ Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2016, n. 4994.

¹⁰⁷⁶ Tar Toscana, sez. I, 3 ottobre 2016, n. 1415.

¹⁰⁷⁷ Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2016, n. 4994.

¹⁰⁷⁸ Cons. Stato, sez. II, 25 novembre 2016, n. 4994 e, in senso analogo, Tar Toscana, sez. I, 3 ottobre 2016, n. 1415.

¹⁰⁷⁹ Si fa riferimento agli artt. 29, co. 1, e 76, co. 3, d.lgs. cit., tuttavia, attualmente, solo all’art. 29 d.lgs. cit., dal momento che la seconda disposizione, a seguito del d.lgs. n. 56 del 2017, è stata abrogata ed è confluita, con modifiche, nell’art. 29, co. 1, terzo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016. Per maggiori dettagli sul punto cfr. *supra* par. precedenti.

¹⁰⁸⁰ Oggi abrogato ad opera del d.lgs. n. 56 del 2017, ma confluito, con modifiche, nell’art. 29, co. 1, terzo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016. Cfr. la nota precedente.

procedurale “che garantisca la tempestiva informazione degli interessati circa il contenuto da gravare nel ristretto termine di decadenza ivi stabilito”¹⁰⁸¹.

In altri termini, se si ritenesse che le nuove prescrizioni processuali fossero applicabili anche alle procedure di gara indette prima dell’entrata in vigore del Codice del 2016 “si finirebbe per produrre l’inaccettabile (e, probabilmente, incostituzionale) effetto di imporre l’impugnazione immediata di atti (in particolare: le ammissioni alla procedura) che l’impresa interessata non è in grado di conoscere tempestivamente”¹⁰⁸².

In definitiva, l’onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione-esclusione si inserisce nel nuovo sistema sostanziale e procedurale ed ha una propria logica impugnatoria legata alle nuove regole sulla pubblicità e conoscenza degli atti di gara, per cui, analogamente alle norme sostanziali con cui sono inscindibilmente collegate, non sono immediatamente applicabili anche alle procedure di gara indette prima dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, ma si applicano solo a quelle i cui bandi e avvisi siano pubblicati dopo il 19 aprile 2016.

Dunque, per le ragioni già espresse, la soluzione più semplice appare quella che ritiene applicabile la disposizione transitoria dell’art. 216 d.lgs. cit. anche alle nuove regole processuali concernenti l’onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione-esclusione e non solo alle regole sostanziali contenute nel nuovo Codice.

In conclusione, le nuove disposizioni possono avere ad oggetto solo gli atti adottati nelle procedure di gara indette dopo l’entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016¹⁰⁸³.

10. Il rito applicabile all’impugnazione cumulativa dei provvedimenti di ammissione-esclusione e di aggiudicazione.

Come rilevato, spesso nella prassi non vi è una netta distinzione tra la fase delle ammissioni-esclusioni e quelle successive e, anzi, ben potrebbe accadere che il provvedimento di aggiudicazione intervenga ad una distanza temporale minima rispetto all’adozione degli atti di ammissione-esclusione o, addirittura, la decisione sui predetti provvedimenti può avvenire

¹⁰⁸¹ Cons. Stato, sez. II, 25 novembre 2016, n. 4994.

¹⁰⁸² Cons. Stato, sez. II, 25 novembre 2016, n. 4994. La “stretta compenetrazione” “tra profili di diritto sostanziale ed aspetti di diritto processuale” avvalorata, inoltre, l’indirizzo interpretativo secondo cui “soltanto laddove siano pienamente operanti i primi (in ragione sia del tempo di pubblicazione del bando, sia della concreta operatività del meccanismo di pubblicazione *on line* degli atti della procedura ai sensi dell’art. 29, comma 1 d.lgs. n. 50/2016) può trovare applicazione il rito super accelerato introdotto dallo stesso legislatore dei contratti pubblici del 2016”. Cfr. sul punto Tar Puglia, Bari, ord., sez. III, 20 luglio 2018, n. 1097; Id., 20 giugno 2018, n. 903.

¹⁰⁸³ Cfr. R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, op. cit., 543; I. MARTELLA, *Le novità processuali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, op. cit., 669; E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 885 ss., il quale sostiene che prediligere l’indirizzo interpretativo in esame “che si può definire sostanziale consentirebbe di procrastinare l’introduzione del terzo rito speciale, consentendo agli operatori economici e giuridici di ‘digerirlo’”.

contestualmente. Qualora ciò accada il ricorrente ha la facoltà di impugnare, con un unico ricorso, l'atto di ammissione-esclusione unitamente al provvedimento di aggiudicazione.

In tal caso, si pone il problema di individuare quale rito si applichi se quello "superspeciale" ex art. 120, co. 2-*bis* e 6-*bis* c.p.a., ovvero il giudizio "ordinario" disciplinato all'art. 120 c.p.a., in quanto le impugnazioni delle ammissioni-esclusioni sono soggette al terzo rito speciale, mentre l'aggiudicazione al primo. Ad un siffatto panorama si aggiunge l'ipotesi, pure ben possibile, di cumulo tra le controversie considerate dall'art. 125 c.p.a. e quelle soggette al primo rito speciale ex art. 120 c.p.a.

In assenza di una specifica norma che risolva la suddetta questione occorre far riferimento all'art. 32 c.p.a.¹⁰⁸⁴ che, in via generale, afferma: "È sempre possibile nello stesso giudizio il cumulo di domande connesse proposte in via principale e incidentale. Se le azioni sono soggette a riti diversi, si applica quello ordinario, salvo quanto previsto dal Titolo V del Libro IV". Dunque, la regola generale è che il rito ordinario prevale su quelli speciali¹⁰⁸⁵, tuttavia dall'inciso "salvo quanto previsto dal Titolo V del Libro IV" si desume che quando il cumulo riguarda le controversie ex artt. 119 e 120 c.p.a., sarà il rito speciale abbreviato in materia di appalti pubblici a prevalere su quello ordinario¹⁰⁸⁶.

Tuttavia, l'art. 32 c.p.a. contempla solo l'ipotesi in cui nello stesso giudizio siano proposte domande connesse assoggettate al rito ordinario e a quello/i speciale/i e non considera il caso in cui le suddette domande riguardino riti speciali diversi. In altri termini, l'art. 32 c.p.a. chiarisce che tra il rito ordinario e quello speciale in materia di appalti pubblici prevale il secondo, ma non dice quale sia il rito applicabile qualora, come nel caso *de quo*, si discuta sull'applicazione del giudizio

¹⁰⁸⁴ Per un'attenta disamina delle ipotesi e delle condizioni richieste per aversi il cumulo di domande nel processo amministrativo ex art. 32 c.p.a. cfr., fra gli altri, I. PAGNI, *Il cumulo di domande nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1165 ss.; G. CORSO, *Commento all'art. 32*, in *Il processo amministrativo*, a cura di A. QUARANTA - V. LOPILATO, Milano, 2011, 325 ss.; A. POLICE, *Il cumulo di domande nei "riti speciali" e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1197 ss.; M. RAMAJOLI, *Il cumulo soggettivo nel processo amministrativo*, *ivi*, 1237 ss.

¹⁰⁸⁵ In dottrina per il rapporto tra rito ordinario e giudizio di ottemperanza cfr. E. MARINO, *Conversione e rapporto tra le azioni*, in *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, a cura di E. FOLLIERI - A. BARONE, San Giuliano Milanese (MI), 2015, 670 ss.; nonché, più in generale, F. FOLLIERI, *Qualificazione e conversione dell'azione alla prova del principio della domanda*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 177 ss.

¹⁰⁸⁶ Difatti, afferma sul punto M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e 'precontenziosa' nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, *op. cit.*, 36, con riferimento all'art. 32 c.p.a., che "la norma è pacificamente intesa nel senso che il rito di cui agli artt. 119 e 120 prevalga su quello ordinario". In senso analogo si esprimono F. CARINGELLA - M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*, in "Codici d'Autore", Collana diretta da C.M. BIANCA - A. CATRICALÀ - E. MANTOVANI, Roma, 2010, 388, i quali osservano che non è chiaro se l'eccezione "salvo quanto previsto etc." si riferisca "alla sola disposizione riguardante l'individuazione del rito applicabile, quindi, non determina alcuna conseguenza sulla possibilità di determinare la confluenza, in un unico giudizio, di azioni disciplinate da riti diversi. Non è agevole stabilire però se ciò determini l'assoggettamento dell'intero processo alle regole del rito speciale o se, al contrario, si realizzi una sorta di convivenza tra i due riti". Ebbene, anche se gli Autori manifestano dei dubbi sulla corretta interpretazione della suddetta locuzione ritengono preferibile la prima soluzione perché "si collega più razionalmente all'idea di semplificazione del processo".

“superspeciale” ex art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a. o del regime generale dell’art. 120 c.p.a., *ergo* quando si tratta di due riti speciali diversi.

Alcuni Autori¹⁰⁸⁷ avvertono che, in virtù del rinvio operato dall’art. 39 c.p.a. al codice di procedura civile, potrebbe applicarsi l’art. 40 c.p.c.¹⁰⁸⁸, tuttavia, la particolarità del contenzioso in materia di appalti pubblici rende difficoltosa l’applicazione concreta della norma *de qua*. Pertanto, la soluzione più coerente con la *ratio* della riforma consiste nella prevalenza del rito speciale ex art. 120 c.p.a. su quello “superspeciale” ex art. 120, co. 2-*bis* e 6-*bis*, c.p.a., in quanto il contenzioso “una volta sviluppatasi la gara e giunta alla sua conclusione, non manifesta più quelle esigenze di velocità ‘supersonica’ legate alla necessità di definire preliminarmente la platea delle offerte ammesse alla valutazione”¹⁰⁸⁹.

A ciò si aggiunga che una volta intervenuto il provvedimento di aggiudicazione la controversia ha maturato un grado di complessità tale per cui non possa essere definita nei “super-contratti” termini stabiliti dall’art. 120, co. 6-*bis*, c.p.a.

Una soluzione siffatta è condivisa anche da una parte della giurisprudenza amministrativa¹⁰⁹⁰ che desume dall’art. 32 c.p.a. “l’esistenza di un principio di prevalenza del rito che si presti a fornire maggiori garanzie per tutte le parti coinvolte nell’unica vicenda processuale, in ragione della necessità di individuare tra più discipline confliggenti quella che fissi regole e termini processuali in grado di offrire una maggiore salvaguardia del diritto di difesa”¹⁰⁹¹.

Tale rito non può che individuarsi nell’art. 120, co. 6, c.p.a., che ormai rappresenta il rito “ordinario” in materia di appalti pubblici¹⁰⁹², anche perché se si ritenesse applicabile il rito

¹⁰⁸⁷ Cfr. M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e ‘precontenziosa’ nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, *op. cit.*, 36 ss.

¹⁰⁸⁸ A tenore del quale: “Qualora le cause connesse siano assoggettate a differenti riti speciali debbono essere trattate e decise col rito previsto per quella tra esse in ragione della quale viene determinata la competenza, o in subordine, col rito previsto per la causa di maggior valore”.

¹⁰⁸⁹ M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e ‘precontenziosa’ nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, *op. cit.*, 36.

¹⁰⁹⁰ Si specifica che il problema dell’individuazione del rito speciale applicabile viene in rilievo non solo per il caso descritto al presente paragrafo, vale a dire l’impugnazione congiunta con ricorso cumulativo originario dell’atto di ammissione o esclusione e del provvedimento di aggiudicazione; ma anche con riferimento all’ipotesi descritta nei paragrafi precedenti, nonché oggetto di decisione da parte di Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 19 gennaio 2017, n. 434, relativa all’impugnazione dell’atto di aggiudicazione, sopravvenuto al non ancora definito giudizio avverso gli atti di ammissione-esclusione, con ricorso per motivi aggiunti, che la giurisprudenza prevalente ha ritenuto possibile. Ebbene, come ha affermato M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e ‘precontenziosa’ nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, *op. cit.*, 35, il problema del rito applicabile si pone sia in caso “di impugnazione congiunta con ricorso cumulativo originario” che nell’ipotesi di impugnazione congiunta “con successivi motivi aggiunti di provvedimenti soggetti al rito del comma 6-*bis* e di atti sottoposti al regime generale dell’art. 120”.

¹⁰⁹¹ Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 19 gennaio 2017, n. 434; Tar Puglia, Bari, sez. I, 7 dicembre 2016, n. 1367. In senso analogo si esprime Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2018, n. 1854.

¹⁰⁹² Si legge in Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 19 gennaio 2017, n. 434 e in Tar Puglia, Bari, sez. I, 7 dicembre 2016, n. 1367, “tale rito deve individuarsi in quello disciplinato dal comma 6 dell’art. 120 c.p.a., che ormai in maniera consolidata e “ordinariamente” si applica all’impugnativa di provvedimenti concernenti le procedure di affidamento relative a pubblici lavori, servizi o forniture, tanto da prevalere anche sul rito ordinario (come ad es. in caso di proposizione congiunta di domanda di annullamento di atti della procedura e domanda risarcitoria)”.

“superspeciale” si registrerebbe un’ingiustificata compressione del diritto delle parti di agire e difendersi in giudizio, stante l’eccessiva brevità dei termini processuali previsti *ex art. 120, co. 6-bis, c.p.a.*¹⁰⁹³

Osserva, infine, attenta dottrina¹⁰⁹⁴ che la soluzione *de qua* sia da condividere anche perché rispettosa del disposto dell’art. 32 c.p.a. che afferma la prevalenza del rito ordinario su quello speciale. Trasponendo tale lettura del citato art. 32 c.p.a. al caso in esame ne consegue che, in effetti, il rito “superspeciale” *ex art. 120, co. 2-bis, c.p.a.* si pone come eccezione rispetto al giudizio *ex art. 120 c.p.a.* che può essere considerato, ormai, il rito “ordinario” in materia di appalti pubblici. Come a dire che il rito contro le ammissioni ed esclusioni ha una “specialità” maggiore rispetto a quello, pure speciale, disciplinato dall’art. 120 c.p.a., che giustifica la tesi suddetta in perfetta linea con la *ratio* sottesa all’art. 32 c.p.a.

Infine, tale soluzione è utilizzabile anche quando sia in discussione l’applicazione del primo rito speciale *ex art. 120 c.p.a.* e di quello disciplinato dall’art. 125 c.p.a.: prevale il rito “ordinario” *ex art. 120 c.p.a.* su quello previsto all’art. 125 c.p.a., a causa della maggiore “specialità” che caratterizza tale ultimo rito rispetto al primo.

11. Limiti all’utilizzo del ricorso cumulativo nelle gare suddivise in lotti: il comma 11-bis dell’art. 120 c.p.a.

L’art. 204, co. 1, lett. i), d.lgs. n. 50 del 2016, inserisce nell’art. 120 c.p.a. il comma 11-*bis*, secondo cui: “Nel caso di presentazione di offerte per più lotti l’impugnazione si propone con ricorso cumulativo solo se vengono dedotti identici motivi di ricorso avverso lo stesso atto”. Ciò vuol dire che qualora la stazione appaltante bandisca una gara per più lotti, l’operatore economico che abbia presentato offerte per più di un lotto e tutte siano state valutate negativamente può proporre ricorso cumulativo “solo se vengono dedotti identici motivi di ricorso avverso lo stesso atto”. Il legislatore sembra recepire il consolidato orientamento giurisprudenziale volto a limitare l’utilizzo del ricorso cumulativo, in quanto considerato uno strumento di aggravio per i tempi processuali e un modo per eludere il pagamento del contributo unificato¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁹³ Cfr. sul punto Tar Puglia, Bari, sez. I, 7 dicembre 2016, n. 1367, il quale conclude: “l’applicazione del nuovo rito introdotto dal comma 6 *bis* dell’art. 120 c.p.a. va pertanto necessariamente e tassativamente limitata, avendo l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 3 giugno 2011, n. 10 chiarito che le norme che introducono riti speciali costituiscono eccezioni tassative, sono di stretta interpretazione e insuscettibili di interpretazione analogica”.

¹⁰⁹⁴ Cfr. E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, *op. cit.*, 892.

¹⁰⁹⁵ In base all’orientamento giurisprudenziale prevalente “in via eccezionale, (è) ammesso il gravame di più atti, con un solo ricorso, solo quando tra di essi sia ravvisabile una connessione procedimentale o funzionale (da accertarsi in modo rigoroso onde evitare la confusione di controversie con conseguente aggravio dei tempi del processo, ovvero l’abuso dello strumento processuale per eludere le disposizioni fiscali in materia di contributo unificato), tale da giustificare la proposizione di un ricorso cumulativo”. Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2016, n. 449; Id., sez. V, 13 giugno 2016, n. 2543; Id., ad. pl., 25 febbraio 2015, n. 5; Id., sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4277; Id., sez. V, 27 gennaio 2014, n. 398; Id., sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6537; Tar Lombardia, Milano, 12 gennaio 2017, n. 69.

Ebbene, a parere di tale indirizzo interpretativo, a cui si è allineato il legislatore *ex art. 120, co. 11-bis, c.p.a.*¹⁰⁹⁶, nel rito in materia di appalti pubblici “nell’ipotesi in cui siano impugnate le diverse aggiudicazioni di disistinti lotti di una procedura selettiva originata da un unico bando, l’ammissibilità del ricorso cumulativo resta subordinata all’articolazione, nel gravame, di censure idonee ad inficiare segmenti procedurali comuni (ad esempio il bando, il disciplinare di gara, la composizione della commissione giudicatrice, la determinazione di criteri di valutazione delle offerte tecniche ecc.) alle differenti e successive fasi di scelta delle imprese affidatarie dei diversi lotti e, quindi, a caducare le pertinenti aggiudicazioni”¹⁰⁹⁷.

Come avvertito in dottrina “lo scopo della norma è quello di rendere più agile e chiaro il contenzioso, impedendo che in un unico giudizio si innestino domande eterogenee, riferite a gare sostanzialmente distinte, seppure collegate in un unico contesto temporale o oggettivo”¹⁰⁹⁸.

Tuttavia, il Consiglio di Stato nel parere n. 855 del 2016 sembra non apprezzare la limitazione legislativa in ordine all’ammissibilità del ricorso cumulativo nelle gare suddivise in più lotti, in quanto teme che la suddetta limitazione possa “tradursi in un sacrificio al diritto di difesa, aggravato dal rilevante peso del contributo unificato, per obiettivi di politica legislativa, tale da ingenerare sospetti di incostituzionalità per contrasto con gli artt. 3, 24 e 113 Cost.”¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁶ Precisa B. BARMANN, *Sul ricorso cumulativo nel nuovo rito in materia di appalti*, in *Foro amm.*, 2016, 203, che l’art. 120, co. 11-bis, c.p.a. ha recepito, in parte, l’indirizzo giurisprudenziale particolarmente rigoroso in ordine all’ammissibilità del ricorso cumulativo. “Quest’ultimo, difatti, può essere proposto solo in presenza di un triplice ordine di condizioni: l’identità di situazioni sostanziali e processuali, l’identità delle domande nell’oggetto e l’identità di censure nei confronti degli atti impugnati”. Tale rigidità è giustificata dall’evitare, come affermato nel testo della presente trattazione, che il ricorso cumulativo diventi uno strumento di aggravio dei tempi processuali, nonché un mezzo per eludere il pagamento del contributo unificato.

¹⁰⁹⁷ Cons. Stato, sez. V, 13 giugno 2016, n. 2543, ove si legge, nel prosieguo, “in questa situazione, infatti, si verifica una identità di *causa petendi* e una articolazione del *petitum* che, tuttavia, risulta giustificata dalla riferibilità delle diverse domande di annullamento alle medesime ragioni fondanti la pretesa demolitoria, che, a sua volta, ne legittima la trattazione congiunta”. “In altri termini, la regola generale dell’impugnabilità con il ricorso di un solo provvedimento può essere derogata nelle sole ipotesi in cui la cognizione, nel medesimo giudizio, della legittimità di più provvedimenti sia imposta dall’esigenza di concentrare in un’unica deliberazione l’apprezzamento della correttezza dell’azione amministrativa oggetto del gravame, quando questa viene censurata nella sua complessità funzionale e, soprattutto, per profili che ne inficiano in radice la regolarità e che interessano trasversalmente le diverse, ma connesse, sequenze di atti. È, perciò, necessario, ai fini dell’ammissibilità del ricorso cumulativo avverso distinti provvedimenti, che gli stessi siano riferibili al medesimo procedimento amministrativo, seppur inteso nella sua più ampia latitudine semantica, e che con il gravame vengano dedotti vizi che colpiscono, nelle medesima misura, i diversi atti impugnati, di guisa che la cognizione delle censure dedotte a fondamento del ricorso interessi allo stesso modo il complesso dell’attività provvedimentale contestata dal ricorrente, e che non residui, quindi, alcun margine di differenza nell’apprezzamento della legittimità dei singoli provvedimenti congiuntamente gravati”. Cfr., in senso analogo, Tar Trentino Alto Adige, Bolzano, 7 febbraio 2017, n. 46, il quale specifica che “nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, il ricorso cumulativo che investa più aggiudicazioni (relative a più lotti, assegnati a diverse imprese concorrenti) è tollerato dall’ordinamento, come eccezione alla regola dei ricorsi separati e distinti, soltanto nell’ipotesi in cui vi sia “articolazione, nel gravame, di censure idonee ad inficiare segmenti procedurali comuni (ad esempio il bando, il disciplinare di gara, ecc...)”.

¹⁰⁹⁸ M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e ‘precontenziosa’ nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 50/2016)*, *op. cit.*, 13.

¹⁰⁹⁹ Il Consiglio di Stato nel parere n. 855 del 2016 accoglie un orientamento più favorevole all’ammissibilità del ricorso cumulativo nelle gare suddivise in lotti. Come osserva B. BARMANN, *Sul ricorso cumulativo nel nuovo rito in materia di appalti*, *op. cit.*, 203, non è un caso che una tale apertura si registri nella materia degli appalti pubblici, in quanto “è proprio in quest’ambito” “che le limitazioni all’utilizzo del ricorso cumulativo hanno una maggiore incidenza

Dunque, in controtendenza con la *ratio* che anima l'introduzione del comma 11-*bis*, il Consiglio di Stato in sede consultiva ritiene che sia proprio la proliferazione del contributo unificato a rendere più oneroso l'accesso alla giustizia, con conseguente *vulnus* al diritto di difesa che viene pesantemente limitato.

Ma vi è di più. Il comma *de quo* tradisce la *ratio* dello stesso d.lgs. n. 50 del 2016 che è favorevole alla suddivisione delle gare in più lotti per favorire una maggiore partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti pubblici alle micro, piccole e medie imprese. Quest'ultime, partecipando a più gare, avranno sicuramente interesse a proporre ricorso cumulativo avverso gli atti di ciascuna gara oggetto di contestazione. Tuttavia, le limitazioni imposte allo strumento del ricorso cumulativo costringe gli operatori economici a proporre ricorsi autonomi qualora gli atti impugnati non presentino le stesse censure.

Dunque, le p.m.i. saranno disincentivate dal proporre ricorso, in quanto non potendo utilizzare, se non nei casi suesposti, lo strumento del ricorso cumulativo dovranno sopportare ingenti costi a causa del "rilevante peso del contributo unificato"¹¹⁰⁰.

È evidente che lo scopo principale della norma *de qua*, tesa ad evitare l'abuso dell'utilizzo del ricorso cumulativo per eludere il pagamento del contributo unificato, ha l'effetto opposto di gravare pesantemente dal punto di vista economico soprattutto sulle p.m.i., disincentivandole a partecipare alle procedure di gara¹¹⁰¹. A ciò si collega la giusta preoccupazione espressa dal Consiglio di Stato circa la violazione del diritto di difesa costituzionalmente garantito, che in tal modo viene enormemente compromesso.

Il parere espresso sul punto dal Consiglio di Stato purtroppo è stato disatteso e il comma 11-*bis* dell'art. 120 c.p.a. è rimasto nella sua originaria formulazione.

negativa sul diritto di difesa". Condivide pienamente i rilievi critici espressi dal Consiglio di Stato in sede consultiva E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 905.

¹¹⁰⁰ Cons. Stato, comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855. In dottrina cfr. B. BARMANN, *Sul ricorso cumulativo nel nuovo rito in materia di appalti*, op. cit., 203-204, la quale afferma "le criticità rilevate dal Consiglio di Stato attengono proprio a tali profili, al punto che si ravvisano dei potenziali profili di illegittimità della norma in relazione agli artt. 3, 24, 113 Cost.: difatti, l'obiettivo del legislatore di razionalizzare il rito speciale di cui all'art. 120 c.p.a. non può giustificare una tale compressione del diritto di difesa". E, ancora, F. LATTANZI, *"Il contributo unificato in materia di contratti pubblici al vaglio della Corte di Giustizia"*, in www.lamministrativista.it

¹¹⁰¹ Sulla compressione dell'esercizio del diritto di azione e di difesa a causa dell'ingente importo del contributo unificato in materia di appalti pubblici, soprattutto in ipotesi come quella testè descritta che costringe il ricorrente a versarlo più volte, si è già discusso nelle pagine precedenti della presente trattazione. In questa sede alla dottrina già menzionata nelle note *sub* paragrafi precedenti, con particolare riferimento al tema dell'illegittimità della misura del contributo unificato nella materia *de qua*, si aggiunga M.A. SANDULLI, *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso del processo o diniego di giustizia?*, in *Foro amm. - Tar*, 2012, 9 e in www.federalismi.it; F. MARONE, *La irragionevole misura del contributo unificato nei ricorsi in materia di appalti pubblici*, in www.giustamm.it; A. DAIDONE, *L'effettività della tutela giurisdizionale e la misura del contributo unificato nella materia dei contratti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pub. com.*, 2014, 478 ss.; R. FUSCO, *Prove di compatibilità della disciplina impositiva sul contributo unificato in materia di contratti pubblici con i principi europei di effettività della tutela e di non discriminazione degli operatori economici*, in www.giustamm.it

12. Nuovi limiti alla tutela cautelare. L'introduzione del comma 8-ter all'art. 120 c.p.a.

Prima di passare ad esporre le novità apportate dall'art. 204 d.lgs. n. 50 del 2016 alla tutela cautelare in materia di appalti pubblici è utile rammentare brevemente il contesto in cui si inserisce la riforma in esame.

È noto che la tutela cautelare ha rappresentato il “laboratorio processuale”¹¹⁰² per la costruzione della teoria generale dell'interesse legittimo. Attenta dottrina¹¹⁰³ avverte che l'affermazione secondo cui con il c.p.a. si sia concluso il “tragitto evolutivo” della tutela cautelare, che ha ormai offerto piena tutela al titolare dell'interesse legittimo pretensivo, vada riesaminata alla luce del nuovo quadro normativo e giurisprudenziale che introduce nuovi elementi di criticità.

Un primo profilo critico è di matrice giurisprudenziale e consiste nella riaffermazione dell'interesse pubblico che il g.a. deve necessariamente valutare nell'esercizio del potere cautelare; il secondo deriva dalla legislazione di settore che concorre a determinare diversi modelli processuali differenziati anche nell'ambito della tutela cautelare per specifiche tipologie di controversie. Ebbene, la riemersione dell'interesse pubblico che spesso prevale sulla tutela dell'interesse legittimo nell'esercizio del potere cautelare, unitamente alla differenziazione della tutela per settori determinati¹¹⁰⁴, segnano un'inversione di tendenza: se nel rito ordinario la tutela cautelare ha consentito di attribuire una tutela piena ed effettiva all'interesse legittimo, con l'introduzione dei riti speciali sembra “che il legislatore cerchi di ridimensionare, contenere la capacità espansiva della tutela cautelare, delineando un interesse pubblico primario che, nel bilanciamento degli opposti interessi, sembra prevalere sugli interessi legittimi”¹¹⁰⁵.

¹¹⁰² M. LIPARI, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il “rito appalti” e le esigenze imperative di interesse generale*, op. cit., 5, il quale afferma che “il tipico laboratorio processuale della tutela cautelare, tradizionalmente determinante per la conformazione della giustizia amministrativa, parrebbe non offrire più stimoli significativi per l'evoluzione positiva dell'interesse legittimo”.

¹¹⁰³ Cfr. M. LIPARI, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il “rito appalti” e le esigenze imperative di interesse generale*, op. cit., 4 ss.

¹¹⁰⁴ In contrasto con la ratio del c.p.a. che aspira alla creazione di un unico modello di tutela dinanzi al g.a.

¹¹⁰⁵ M. SANTISE, *La tutela cautelare nel processo amministrativo fra rito ordinario e modelli speciali*, Relazione revisionata svolta all'incontro di studi organizzato dall'Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa, dal titolo “*Il processo amministrativo alla prova dei fatti: tutela cautelare e riti speciali. Il punto di vista del primo grado e il punto di vista dell'appello*”, tenutosi presso il Tar Lazio, i giorni 15 e 16 marzo 2018. Dunque, se da un lato, come ha rilevato M. LIPARI, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il “rito appalti” e le esigenze imperative di interesse generale*, op. cit., 4 ss., con il c.p.a. si è “toccato il livello massimo di difesa degli interessi legittimi realizzabile nel processo amministrativo d'urgenza”, dall'altro, osserva Santise che, relativamente al rito speciale appalti, si assiste “ad una inversione di tendenza, in cui la tutela cautelare diventa la sede di ridimensionamento dell'interesse legittimo o, comunque, in cui il giudizio cautelare sembra recedere innanzi al giudizio di merito”. Dunque, se nel rito ordinario la tutela cautelare “ha ampliato notevolmente il suo campo applicativo ed è divenuto lo strumento per attribuire effettiva tutela all'interesse legittimo, specie quello pretensivo”, con l'ingresso dei riti speciali sembra “che il legislatore cerchi di ridimensionare, contenere la capacità espansiva della tutela cautelare, delineando un interesse pubblico primario che, nel bilanciamento degli opposti interessi, sembra prevalere sugli interessi legittimi”. Ed è quanto è avvenuto ad opera delle innovazioni apportate dall'art. 204 d.lgs. n. 50 del 2016 all'art. 120 c.p.a. in tema di tutela cautelare. Per maggiori dettagli sulla tutela cautelare in generale nel processo amministrativo cfr. per tutti E.M. MARENGHI, *Unità dommatica e pluralità delle forme nella tutela cautelare fra sistema e non sistema*, in *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, a cura di E.M. MARENGHI – S. PERONGINI, Salerno, 2008, 7 ss.

L'ingresso nel giudizio cautelare di questi interessi pubblici "innominati"¹¹⁰⁶ destinati a prevalere sulla tutela dell'interesse legittimo è maggiormente presente in determinati settori del processo amministrativo, quale il rito in materia di appalti pubblici. Difatti, è proprio in presenza di interessi pubblici qualificati¹¹⁰⁷ che si assiste ad un ridimensionamento della tutela cautelare accordata al ricorrente titolare di un interesse legittimo pretensivo¹¹⁰⁸.

Ma vi è di più. Come ha osservato attenta dottrina il parametro di giudizio introdotto dall'art. 120, co. 8-ter, c.p.a. nasce come reazione all'incertezza che connota la ponderazione dei vari interessi in gioco che il g.a. è chiamato ad effettuare nell'esercizio del potere cautelare, determinata dall'assenza di parametri legislativi ben definiti¹¹⁰⁹.

È in questo contesto politico-legislativo che si inserisce la modifica apportata dall'art. 204 d.lgs. n. 50 del 2016 all'art. 120 c.p.a. in tema di tutela cautelare. Ebbene, la legge delega n. 11 del 2016 all'art. 1, lett. aaa), stabilisce che: "al fine di garantire l'efficacia e la speditezza delle procedure di aggiudicazione ed esecuzione dei contratti relativi ad appalti pubblici di lavori" si prevede "nel rispetto della pienezza della tutela giurisdizionale, che, già nella fase cautelare, il giudice debba tener conto del disposto dell'articolo 121, comma 1, c.p.a., e, anche nelle ipotesi di cui all'articolo 122 e nell'applicazione dei criteri ivi previsti, debba valutare se il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale possa influire sulla misura cautelare richiesta".

L'art. 204, co. 1, lett. f), d.lgs. n. 50 del 2016, in attuazione del suddetto criterio di delega, inserisce nell'art. 120 c.p.a. il comma 8-ter, secondo cui: "Nella decisione cautelare, il giudice tiene conto di quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122, e delle esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione".

¹¹⁰⁶ M. LIPARI, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il "rito appalti" e le esigenze imperative di interesse generale*, op. cit., 10, chiarisce che si tratta di "un interesse pubblico innominato, suscettibile di penetrare nel giudizio cautelare secondo molteplici aspetti, riferiti all'an e al quomodo della pronuncia di accoglimento".

¹¹⁰⁷ Che vengono in rilievo nell'ambito dei cc.dd. settori sensibili.

¹¹⁰⁸ Cfr. sul punto M. LIPARI, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il "rito appalti" e le esigenze imperative di interesse generale*, op. cit., 38, dopo aver chiarito che le disposizioni speciali dettate nei settori "sensibili" manifestano "un generale sfavore verso la misura cautelare", afferma "in un contesto legislativo che, in generale, appare palesemente orientato a valutare positivamente le ragioni di tutela della parte ricorrente, la necessità di una normativa speciale derogatoria si spiega logicamente come tentativo di delimitare lo spazio di protezione giuridica ordinaria offerto dalla tutela cautelare".

¹¹⁰⁹ Osserva G. SEVERINI, *Tutela cautelare e interesse generale (con particolare riguardo alla riforma del 2016 dell'art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, in *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzarolli*, a cura di F. FRANCARIO – M.A. SANDULLI, Napoli, 2017, 121 ss., che l'introduzione di nuovi interessi anche nell'esercizio del potere cautelare produce incertezza, in quanto il g.a. deve effettuare un bilanciamento dei vari interessi in assenza di criteri risolutivi ben definiti. Avverte l'Autore che su "questo tessuto ormai caratterizzato da incertezza ed imprevedibilità sistematiche si è innestata quasi per reazione, con la riforma del corpo legislativo sugli appalti pubblici del 2016, una riconfigurazione della tutela cautelare che – seppure limitatamente a quel settore – molto incide sulle sue finalità, facendone oggetto di un giudizio *sui generis* e arrivando a metterne in dubbio la strumentalità come la capacità di concorrere alla pienezza della tutela giurisdizionale del ricorrente. Fanno infatti ingresso ufficiale, nella sede cautelare, interessi altri rispetto a quelli usualmente portabili dalle parti nella sede propria del giudizio amministrativo". Conclude sul punto l'Autore affermando che attraverso l'art. 120, co. 8-ter, c.p.a. viene introdotto "uno strumento di compensazione rispetto alla dilatazione pratica ormai raggiunta dalla valutazione cautelare".

Dunque, il comma 8-ter innova rispetto alla precedente disciplina introducendo un parametro di giudizio che il giudice deve seguire anche nell'esercizio del potere cautelare.

A ben vedere, sembra che il legislatore delegato non abbia dato pedissequa attuazione al summenzionato criterio, in quanto ha irragionevolmente esteso l'applicazione del suddetto parametro di giudizio a tutte le controversie in materia di appalti pubblici, quando, al contrario, la legge delega ne limitava l'intervento ai soli "contratti relativi ad appalti pubblici di lavori". In tal caso si oltrepassano i limiti stabiliti dalla legge delega, che non aveva menzionato anche i contratti relativi ad appalti di servizi e alle concessioni, con evidente violazione dell'art. 76 Cost. e conseguente sospetto di incostituzionalità della norma¹¹¹⁰.

Il nuovo comma 8-ter esprime una logica in verità non nuova, in quanto già l'art. 125, co. 2, c.p.a., relativamente alle controversie aventi ad oggetto infrastrutture strategiche ed insediamenti produttivi, prevede che il g.a. nell'esercizio del potere cautelare debba comparare vari interessi in gioco tenendo conto, tra gli altri, "del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera", che appare, appunto, preminente rispetto all'interesse specifico del ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto e alla sottoscrizione del contratto¹¹¹¹.

Sulla stessa scia sembra porsi il comma *de quo*, il quale assume come parametro di giudizio in sede cautelare il rispetto degli artt. 121, co. 1 e 122 c.p.a., nonché delle "esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione del contratto".

In altri termini, l'idea che debba essere considerato prioritariamente l'interesse pubblico ad eseguire il contratto, prima sussistente solo per le procedure di affidamento di contratti relativi ad infrastrutture strategiche, viene generalizzata attraverso il comma 8-ter a tutte le controversie in materia di appalti pubblici. Di poi, il parametro di giudizio introdotto dall'art. 125, co. 2, c.p.a. si

¹¹¹⁰ Cfr. E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 880 ss. Invece M. LIPARI, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il "rito appalti" e le esigenze imperative di interesse generale*, op. cit., 40, avverte che la possibile violazione della legge delega ad opera del d.lgs. n. 50 del 2016 potrebbe essere superata se si predilige una diversa interpretazione della *ratio* delle modifiche apportate alla tutela cautelare. Difatti, a parere dell'Autore, è la stessa legge delega n. 11 del 2016 ad aver imposto al legislatore delegato di provvedere ad una "razionalizzazione dell'intero processo speciale di cui all'art. 120 del CPA". Pertanto, l'unitarietà di disciplina dovrebbe essere assicurata anche nell'ambito della tutela cautelare. Inoltre, il contrasto letterale con la delega "sarebbe innocuo, qualora si ritenesse che la norma, in ultima analisi, non aggiunga elementi innovativi alla disciplina vigente, come illustrato più avanti, e rappresenti, al più, la mera estensione e specificazione del criterio del bilanciamento con gli interessi pubblici, affermato dalla giurisprudenza dominante". Conclude l'Autore affermando "va da sé, che, in ogni caso, la concreta portata operativa della norma sembra concepita prevalentemente in funzione della tutela cautelare nell'ambito dei contratti di lavori, per i quali l'esigenza di continuità del rapporto con l'aggiudicatario selezionato dalla stazione appaltante appare oggettivamente più significativa".

¹¹¹¹ Osserva M. LIPARI, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il "rito appalti" e le esigenze imperative di interesse generale*, op. cit., 28, che la formula utilizzata dall'art. 125, co. 2, c.p.a. esprime "in modo assai trasparente, un netto sfavore per la misura cautelare sospensiva, suscettibile di rallentare lo svolgimento delle procedure, valorizzando, invece, gli interessi pubblici alla sollecita realizzazione dell'opera". "In definitiva, la norma lascia margini molto ridotti alla concreta possibilità di ottenere una misura cautelare favorevole, sulla base della riconosciuta sussistenza di interessi pubblici destinati a pesare di più della esigenza di assicurare effettività alle ragioni della parte ricorrente".

poneva come “speciale” rispetto al rito *ex art.* 120 c.p.a., ove non era previsto, e, a parere di attenta dottrina¹¹¹², l'estensione del predetto parametro ai sensi del comma 8-*ter* a tutto il contenzioso relativo agli appalti pubblici ha l'effetto di assorbire e superare la “specialità” del citato art. 125 c.p.a.

Come osservato, c'è una sorta di sovrapposizione tra “il preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera” *ex art.* 125, co. 2, c.p.a. e “le esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione del contratto” di cui all'art. 120, co. 8-*ter*, c.p.a., che, estendendo l'applicazione del parametro *de quo* in sede cautelare a tutte le controversie in materia di appalti pubblici, indirettamente ingloba anche la “specialità” del citato art. 125, realizzandosi “una semplificazione processuale di fatto, anche se non di diritto, perché non è stato abrogato il comma 2 dell'art. 125 c.p.a.”¹¹¹³.

Si osservi, inoltre, che la legge delega imponeva al g.a. in sede cautelare di dare prioritariamente conto “delle esigenze imperative connesse ad un interesse generale”, ma non prevedeva che le predette esigenze imperative, come ha fatto il legislatore delegato, fossero connesse ad un interesse generale “all'esecuzione del contratto”. Tale specificazione viene arbitrariamente effettuata dal decreto delegato, ponendo, anche sotto questo profilo, dubbi di legittimità costituzionale per violazione dei limiti sanciti dall'art. 76 Cost. Come detto, l'art. 120, co. 8-*ter*, c.p.a. impone di considerare prioritariamente l'interesse pubblico della stazione appaltante all'esecuzione del contratto, rimanendo sullo sfondo la tutela degli interessi del ricorrente e del controinteressato. Che la disposizione introdotta sia troppo sbilanciata in favore dell'interesse pubblico alla celere realizzazione dell'appalto si desume da un ulteriore dato: il legislatore delegato non “sviluppa e nemmeno trascrive”¹¹¹⁴ l'importante riferimento contenuto nella legge delega alla necessaria salvaguardia della “pienezza della tutela giurisdizionale” quale parametro che il g.a. dovrebbe tener presente nell'esercizio del potere cautelare.

È opportuno rilevare che l'interesse pubblico della stazione appaltante alla pronta realizzazione dell'opera è cosa ben diversa dall'interesse generale¹¹¹⁵ a cui faceva riferimento la legge delega e

¹¹¹² E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 880.

¹¹¹³ E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. loc. cit.

¹¹¹⁴ M. LIPARI, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il “rito appalti” e le esigenze imperative di interesse generale*, op. cit., 40.

¹¹¹⁵ Così 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)*, op. cit.; ID., *Tutela cautelare e interesse generale (con particolare riguardo alla riforma del 2016 dell'art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, op. cit., 139, il quale afferma “l'interesse generale è altra cosa dell'interesse pubblico, qui l'interesse dell'amministrazione appaltante alla realizzazione dell'opera”. M. LIPARI, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il “rito appalti” e le esigenze imperative di interesse generale*, op. cit., 54, se da un lato condivide l'affermazione di Severini, dall'altro avverte che nell'esercizio del potere cautelare l'interesse pubblico oggetto di bilanciamento “non è mai stato inteso in senso meramente “soggettivo”, come riferito alla PA in quanto tale, ma è sempre stato correlato alla protezione di un determinato “valore” superindividuale”, che molto probabilmente va individuato nell'interesse della generalità dei

che il d.lgs. n. 50 del 2016, non correttamente, collega “all’esecuzione del contratto”. Infatti, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, sono motivi imperativi di interesse generale: la tutela dell’ordine pubblico o della sicurezza pubblica, la difesa nazionale, la salute, la protezione dell’ambiente, la salvaguardia del patrimonio culturale, ma anche la garanzia dell’effettività della tutela giurisdizionale e così via¹¹¹⁶.

Dunque, l’interesse generale, secondo l’insegnamento del diritto europeo, non corrisponde ad un interesse pubblico di natura economica. Pertanto, per il diritto comunitario, solo l’interesse generale che ha il contenuto appena menzionato può atteggiarsi ad “esigenza imperativa” e prevalere sulle garanzie della concorrenza e dell’accesso al mercato. In altri termini, “perché una «esigenza imperativa» possa prevalere, deve consistere in altro che non la mera realizzazione del contratto e corrispondere a un interesse della generalità che in concreto si dimostri non solo esistente, ma anche particolarmente intenso”¹¹¹⁷.

La nuova disposizione codicistica pretermette irragionevolmente l’interesse generale avente il suesposto contenuto in nome di un “preteso interesse imperativo alla sollecita esecuzione del contratto” che appare non solo passibile di illegittimità costituzionale per eccesso di delega, ma anche in contrasto con la CEDU e con le “direttive ricorsi”, in quanto subordina sempre e comunque la tutela giurisdizionale alla realizzazione dei contratti pubblici¹¹¹⁸.

La recente disciplina si pone in conflitto con la *ratio* delle “direttive ricorsi”, secondo cui, in ossequio ai principi del mercato unico europeo e dell’effettività della tutela giurisdizionale, non si considera più prevalente l’interesse pubblico di natura patrimoniale della p.a. diretto ad ottenere l’esecuzione dell’appalto, ma si pone l’attenzione per la soddisfazione dell’interesse del ricorrente

consociati alla sollecita realizzazione dell’opera pubblica. Se si attribuisce alla disposizione in esame tale interpretazione allora vengono fugati i dubbi di contrasto formale tra la legge delega e il decreto delegato.

¹¹¹⁶ Osserva M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, op. cit., 13, che anche la direttiva 2006/123/CE, c.d. direttiva *Bolkestein*, “per individuare i motivi imperativi di interesse generale, fa riferimento a quelli riconosciuti come tali dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia”, tra i quali si ricordano: “l’ordine pubblico, la sicurezza pubblica, l’incolumità pubblica, la sanità pubblica” ecc. Cfr. ancora sul punto G. SEVERINI, *Tutela cautelare e interesse generale (con particolare riguardo alla riforma del 2016 dell’art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, op. cit., 136 ss., il quale afferma che la formula “esigenze imperative connesse ad un interesse generale” appare per la prima volta nel 1979 nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, per poi essere ripresa dalla direttiva *Bolkestein*. Per quanto concerne lo specifico settore degli appalti pubblici l’espressione in commento viene utilizzata dalla direttiva 2004/18/CE, dalla direttiva ricorsi 2007/66/CE e dalle direttive del 2014 e grazie a tali direttive viene poi estesa “al diritto eurounitario dei contratti pubblici”. Osserva l’Autore che si potrebbe ravvisare una violazione dell’art. 76 Cost. per superamento dei limiti stabiliti dalla legge delega, che non collegava l’interesse generale “all’esecuzione del contratto”, anche perché il legislatore delegato “ha introdotto una nuova ed esclusiva fattispecie di «esigenze imperative di interesse generale», diversa dal pur ampio catalogo della direttiva 2006/123/CE e del suo recepimento mediante il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59: e al limite, *a contrariis*, escludente proprio tutte le ampie e nominate tipologie di quel catalogo”.

¹¹¹⁷ 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)*, op. cit.

¹¹¹⁸ Cfr. 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)*, op. cit., secondo cui “la tutela giurisdizionale sarebbe sempre e comunque subalterna alla realizzazione dei contratti pubblici”. Cfr., in senso analogo, M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, op. cit., 13.

all'aggiudicazione dell'appalto, considerato in una posizione di "equiordinazione" rispetto al primo. A ciò si aggiunga che il comma *de quo* contrasta anche con l'art. 121, co. 2, c.p.a., che, recependo quanto in origine stabilito dall'art. 2-*quinquies* della direttiva ricorsi 2007/66/CE, afferma a chiare lettere che "non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto"¹¹¹⁹.

Inoltre, il comma 8-*ter* dell'art. 120 c.p.a. sembra addirittura essere meno "garantista" dell'art. 125, co. 2, c.p.a., che, com'è noto, disciplina controversie ove l'intensità dell'interesse alla realizzazione dell'opera pubblica raggiunge il massimo grado di espansione.

Difatti, il citato art. 125 c.p.a. stabilisce che ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare il g.a., oltre a valutare tutti gli interessi in gioco, avendo preliminarmente riguardo al "preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera", deve bilanciare tali interessi con "l'irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure".

Al contrario, l'art. 120, co. 8-*ter*, c.p.a., richiama quale parametro di giudizio che il g.a. deve seguire nell'esercizio del potere cautelare solo il più volte menzionato interesse generale all'esecuzione del contratto e non accenna ad una necessità di operare un bilanciamento anche con gli interessi del ricorrente e del controinteressato.

Rebus sic stantibus, la nuova disciplina sembra avere una portata addirittura più stringente rispetto all'art. 125, co. 2, c.p.a., in quanto attribuisce il massimo rilievo all'interesse pubblico della stazione appaltante alla prosecuzione della procedura di gara e alla conseguente stipula del contratto, a discapito dell'interesse del ricorrente all'ottenimento della misura cautelare¹¹²⁰.

12.1. (Segue) Il parametro di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a.

Proseguendo nell'analisi del comma 8-*ter* si può notare come l'imposizione al giudice cautelare del rispetto degli artt. 121, co. 1, e 122 c.p.a. sia fortemente limitativa dell'esercizio del relativo potere di concedere misure cautelari al ricorrente. Più nello specifico, il comma *de quo* impone al giudice, nel rispetto dell'art. 121, co. 1, c.p.a., di dichiarare l'inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, in presenza di "gravi violazioni"; mentre, in caso di violazioni "ordinarie", il g.a. ha il potere di valutare se dichiarare l'inefficacia del contratto,

¹¹¹⁹ Cfr. in argomento M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, op. cit., 13, la quale afferma che "prima del decreto delegato, nessuna disposizione era mai arrivata a tanto. Anzi, gli artt. 121 e 122 c.p.a. precisano espressamente che deve trattarsi di esigenze diverse dall'interesse economico, come è indubitabilmente quello ad eseguire in ogni caso il contratto".

¹¹²⁰ Cfr. M. LIPARI, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il "rito appalti" e le esigenze imperative di interesse generale*, op. cit., 27, il quale osserva che l'art. 120, co. 8-*ter*, c.p.a., ha fissato "criteri ancora più severi" rispetto all'art. 125, co. 2, c.p.a. ai fini dell'adozione della misura cautelare.

fissandone la decorrenza *ex nunc* o *ex tunc*, a seguito di un bilanciamento tra i vari interessi in contesa.

Dunque, il legislatore ha imposto che vengano applicate le predette norme anche in sede cautelare, pertanto il giudice potrà concedere la misura cautelare solo qualora si versi nelle ipotesi previste dagli artt. 121, co. 1, e 122 c.p.a. e il ricorrente chieda oltre all'annullamento dell'atto di aggiudicazione anche la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato o da stipulare. Inoltre, non basta proporre azione per l'annullamento dell'aggiudicazione con conseguente dichiarazione di inefficacia totale o parziale del contratto (*ex artt. 121 e 122*), ma occorre che il g.a. ritenga che, all'esito del giudizio di merito, la sentenza possa (anche) travolgere parzialmente o totalmente il contratto. In caso contrario, il giudice non potrà accogliere il ricorso e concedere la misura cautelare, poiché l'esito negativo del giudizio prognostico operato indica che "l'opera, il servizio, la fornitura etc. non possono essere sospesi, ma devono proseguire per raggiungere l'obiettivo di eseguire il contratto"¹¹²¹.

In altri termini, non solo ai fini dell'applicazione della misura cautelare il *petitum* della domanda proposta dal ricorrente deve riguardare anche la dichiarazione di inefficacia del contratto, ma occorre anche che la domanda di dichiarazione di inefficacia possa essere accolta.

La suddetta normativa dà luogo anche ad altre problematiche. È dubbio se per l'accoglimento della domanda cautelare il contratto debba essere già stato stipulato, in quanto dall'onere per il ricorrente di chiedere la dichiarazione dell'inefficacia del contratto potrebbe desumersi la necessità della già intervenuta stipula del contratto medesimo¹¹²². Al giudice risulterà difficile applicare la casistica di cui all'art. 121, co. 1, c.p.a. sulle "gravi violazioni" qualora si tratti di ipotesi che si devono ancora verificare, o dell'art. 122 sulle "altre violazioni" quando si presuppone l'avvenuta stipula del contratto¹¹²³. A ciò si aggiunga che al g.a. spetta il gravoso compito di effettuare una prognosi sull'esito del giudizio di merito e sulla possibilità per il ricorrente di subentrare nel contratto in una fase in cui non si conosce ancora chi sarà l'aggiudicatario¹¹²⁴.

Inoltre, in applicazione dell'art. 122 c.p.a., il g.a. non può dichiarare l'inefficacia del contratto qualora i vizi ritenuti rilevanti comportino solo l'obbligo di rinnovare la gara. In tal caso, non

¹¹²¹ E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 881.

¹¹²² Fornisce una risposta negativa alla domanda proposta M. SANTISE, *La tutela cautelare nel processo amministrativo fra rito ordinario e modelli speciali*, op. cit., secondo cui non è necessario "che il contratto sia già stato stipulato, in quanto si chiede al giudice amministrativo un giudizio prognostico che ha ad oggetto la stipula o meno del contratto". Sulla stessa linea di pensiero si pone M. LIPARI, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il "rito appalti" e le esigenze imperative di interesse generale*, op. cit., 47 ss. È dubitativo sul punto E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 881, il quale afferma "è dubbio che si possa sospendere gli atti di gara, se non si sia ancora sottoscritto il contratto".

¹¹²³ Cfr. 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)*, op. cit.

¹¹²⁴ Cfr. F. FRANCONIERO, *Entra in scena il processo amministrativo super accelerato: commento all'art. 204 del nuovo Codice dei contratti pubblici (D. lgs. N. 50/2016)*, op. cit.

potendo il giudice dichiarare l'inefficacia del contratto, non potrà concedere la misura cautelare richiesta.

È stato correttamente osservato che la misura cautelare è strumentalmente funzionale alla sentenza di merito, nel senso che “consente il conseguimento degli effetti della sentenza domandata come massima potenzialità di espansione e, nello stesso tempo, limite alla pronuncia urgente del giudice”¹¹²⁵. La strumentalità funzionale implica che l'ordinanza cautelare di accoglimento possa stabilire, seppure in via provvisoria ed interinale, tutti i possibili effetti che il ricorrente può ottenere dall'eventuale pronuncia di merito favorevole. L'art. 55, co. 1, c.p.a. consente l'adozione di “misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma in via provvisoria, che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso”. Dunque, se ricorrono i presupposti del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris* di cui all'art. 55 c.p.a., il ricorrente può ottenere qualunque misura cautelare funzionale alla decisione di merito.

L'art. 120, co. 8-ter, c.p.a. sembra andare, invece, in un'altra direzione. Infatti, il g.a. concede la misura cautelare richiesta solo qualora il ricorrente abbia anche richiesto la dichiarazione di inefficacia del contratto nei casi di cui agli artt. 121, 122 c.p.a. In tal caso, la strumentalità funzionale è limitata alle sole ipotesi previste dalle disposizioni suddette, in quanto il g.a. subordina l'applicazione della misura cautelare al ricorrere delle suesposte condizioni.

Ebbene, solo se le violazioni riscontrate siano qualificate ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a. allora il pregiudizio grave ed irreparabile e la ragionevole previsione sull'esito del ricorso diventano “davvero capaci di imporre la cautela”¹¹²⁶. Difatti, come osservato, i classici requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* non sono da soli sufficienti a determinare l'applicazione della misura cautelare “anche se in evidenza dell'illegittimità del provvedimento impugnato”¹¹²⁷.

È evidente il *favor* del legislatore per la prosecuzione dell'azione amministrativa sino alla stipula del contratto che prevale sulle esigenze di giustizia.

Difatti, il g.a. concederà la misura cautelare solo se il vizio che inficia l'atto impugnato raggiunga determinati livelli formali¹¹²⁸.

¹¹²⁵ E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 881, spec. nota 43. Sul punto cfr. più ampiamente ID., *La fase cautelare*, op. cit., 342 ss., in part. 349 ss., ove si spiegano le caratteristiche della strumentalità funzionale e strutturale delle misure cautelari rispetto alla pronuncia di merito.

¹¹²⁶ G. SEVERINI, *Tutela cautelare e interesse generale (con particolare riguardo alla riforma del 2016 dell'art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, op. cit., 132.

¹¹²⁷ G. SEVERINI, *Tutela cautelare e interesse generale (con particolare riguardo alla riforma del 2016 dell'art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, op. cit., 131.

¹¹²⁸ Cfr. G. SEVERINI, *Tutela cautelare e interesse generale (con particolare riguardo alla riforma del 2016 dell'art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, op. cit., 131 ss., il quale avverte che il *fumus boni iuris* si atteggia diversamente, dal momento che non è più sufficiente che l'atto appaia viziato ad un primo sommario esame, ma è richiesta un'illegittimità che sia qualificata ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a.

Attenta dottrina osserva che attraverso il parametro di giudizio rappresentato dagli artt. 121 e 122 c.p.a. si introduce un “interesse oggettivo di nuovo conio” “espressivo di una mera opzione politica a favore della prosecuzione del contratto” che si differenzia anche dall’interesse generale a cui pure fa riferimento il comma 8-ter dell’art. 120 c.p.a.¹¹²⁹.

Dal momento che si tratta di un interesse non imputabile ad alcun soggetto, adespota, e l’applicazione delle misure cautelari sono subordinate al riscontro da parte del g.a. di un’illegittimità qualificata ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a., si ravvisa un contrasto con i caratteri della giurisdizione amministrativa soggettiva, registrandosi una violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale e dell’indefettibilità della tutela cautelare sanciti a livello costituzionale (artt. 24 e 113 Cost.) e comunitario (direttiva ricorsi)¹¹³⁰.

Ma vi è di più. Il comma *de quo* non solo sembra porsi in contrasto con la normativa costituzionale e comunitaria per le suesposte ragioni, ma anche con i commi 9 e 10 (*standstill period* sostanziale o procedimentale) e 11 (*standstill period* processuale) dell’art. 32 d.lgs. n. 50 del 2016. Difatti, anche se tale disposizione amplia le deroghe rispetto alla precedente normativa, eliminando lo *standstill period* sostanziale per i contratti sotto soglia, resta comunque fermo lo *standstill period* sostanziale e processuale negli altri casi. D’altronde, la previsione dello *standstill period* nell’art. 32 d.lgs. cit., che ricalca il vecchio art. 11, co. 10, 10-bis (prevede le eccezioni alla regola dello *standstill period* sostanziale, prevista al precedente comma 10) e 10-ter, d.lgs. n. 163 del 2006, era necessaria per evitare di violare gli artt. 2, 2-bis e 2-quinquies delle “direttive ricorsi”¹¹³¹.

Difatti, il nuovo comma 8-ter dell’art. 120 c.p.a. cade in un paradosso: il contratto non può essere stipulato fintantoché il giudice non si pronunci sulla domanda cautelare proposta, in quanto si vuole tutelare l’interesse del ricorrente ad ottenere l’aggiudicazione dell’appalto, tuttavia tale interesse

¹¹²⁹ È quanto sostenuto da G. SEVERINI, *Tutela cautelare e interesse generale (con particolare riguardo alla riforma del 2016 dell’art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, op. cit., 131 ss., il quale sottolinea che si tratta di un interesse diverso dall’interesse generale all’esecuzione del contratto menzionato dall’art. 120, co. 8-ter, c.p.a. Al contrario di quest’ultimo, l’interesse in questione non è imputabile alla “generalità”, ma è un interesse oggettivo espressione del favore del legislatore per la prosecuzione del contratto. Solo la presenza delle violazioni ex art. 121, co. 1, e 122 c.p.a. costituisce “un impedimento accettabile a che i contratti pubblici non siano portati ad effetto pratico”. La mera illegittimità dell’atto di aggiudicazione “scende di peso e da sola non è più stimata adeguata ad arrestare la realizzazione del lavoro o del servizio”. Inoltre, l’Autore osserva che l’asimmetria con la decisione di merito non è superabile neanche nel caso delle gravi violazioni ex art. 121 c.p.a., in quanto il significato dell’art. 120, co. 8-ter, c.p.a. e dell’art. 121, co. 2, c.p.a. non è lo stesso: se in quest’ultima ipotesi “l’interesse generale è di impedimento alla dichiarazione di inefficacia del contratto, anche se l’aggiudicazione è affetta da una grave violazione”, nel caso del comma 8-ter “è la presenza della grave violazione che legittima la misura cautelare”.

¹¹³⁰ Rileva, infatti, G. SEVERINI, *Tutela cautelare e interesse generale (con particolare riguardo alla riforma del 2016 dell’art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, op. cit., 134, “è da verificare quanto questo riferimento all’esigenza, perché si conceda la cautela, dell’esistenza delle violazioni sia compatibile, in un sistema processuale di tipo soggettivo e privo di un ufficio portatore dell’interesse generale, con gli artt. 24 e 113 Cost., così come con i principi su pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale della direttiva “ricorsi” 2007/66/CE, trasfusi nell’art. 1 del Codice del processo amministrativo”.

¹¹³¹ Osserva difatti E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 882, che anche se sono aumentate le deroghe all’applicazione dello *standstill period* procedimentale, comunque non è stato eliminato totalmente il detto periodo sospensivo, pena la violazione delle direttive ricorsi.

non viene considerato se “non vengono proposte domande integranti quelle previste dagli artt. 121, comma 1, e 122 c.p.a.”¹¹³². Lo *standstill period* (sostanziale e processuale) potrebbe trasformarsi in una formula vuota, qualora la strumentalità funzionale delle misure cautelari sia limitata solo a determinate ipotesi e al ricorrere di specifiche condizioni, la cui inesistenza impedisce al giudice di concedere la misura richiesta¹¹³³.

È evidente che il comma in esame introduce pesanti limiti alla tutela cautelare, ritenuta essenziale ai fini della tutela giurisdizionale prevista dalle norme costituzionali, nonché dalla normativa europea, attenta a garantire la soddisfazione dell'interesse sostanziale del ricorrente anche nella fase cautelare¹¹³⁴. Difatti, la limitazione imposta alla tutela cautelare dall'art. 120, co. 8-ter, c.p.a. non appare rispettosa della *ratio* delle “direttive ricorsi”, che consentono l'applicazione della misura cautelare per ogni tipologia di violazione e non solo per quelle previste negli artt. 121 e 122 c.p.a.¹¹³⁵

Attenta dottrina¹¹³⁶, per evitare la rimessione della questione di costituzionalità alla Corte Costituzionale o il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, propone di dare un'interpretazione costituzionalmente e comunitariamente orientata della norma, considerando il parametro di giudizio fornito dal co. 8-ter una mera esemplificazione che il giudice dovrà applicare quando decida di non concedere la misura cautelare richiesta.

¹¹³² E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 882.

¹¹³³ Si rileva un forte contrasto con gli obblighi di *standstill period* sostanziale e soprattutto processuale. Con lo *standstill period* processuale, come spiegato nel Capitolo II della presente trattazione, il legislatore introduce una sorta di tutela cautelare *ex lege*, dal momento che ritiene *a priori* sussistente il presupposto del *periculum in mora*, per cui la misura cautelare della sospensione del provvedimento di aggiudicazione opera automaticamente senza che si debba attendere la decisione del giudice. Ebbene, il legislatore ha ritenuto a monte prevalente l'interesse pretensivo del ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto, mentre nell'art. 120, co. 8-ter, c.p.a. tale interesse viene preso in considerazione solo qualora il ricorrente rispetti le condizioni previste dalla norma. Si registra, pertanto, un contrasto con lo *standstill period* processuale che prevede, invece, l'automatica applicazione della misura cautelare con contestuale divieto alla stazione appaltante di stipulare il contratto durante il periodo sospensivo e non subordina la tutela cautelare al rispetto di specifiche condizioni. Osserva sul punto E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 881 ss., “prima dell'innovazione, la previsione dello *standstill period* e della protrazione del tempo in cui non era consentita la sottoscrizione del contratto per effetto della proposizione del ricorso con domanda cautelare, in attesa che si pronunziasse il giudice, poneva in posizione di prioritaria considerazione e tutela la protezione in via specifica dell'interesse legittimo all'aggiudicazione, tanto che la verifica della sussistenza del *fumus boni juris* portava, nella normalità dei casi, all'accoglimento della misura cautelare. L'introduzione di questo parametro di giudizio rappresenta un forte ostacolo ad affermare la necessaria e preminente valutazione dell'interesse al bene della vita (aggiudicazione) portato dal ricorrente ed allora l'applicazione estesa a contratti diversi dagli appalti pubblici di lavori comporta una rilevante e sostanziale violazione della legge delega, per cui il comma 8 ter dell'art. 120 c.p.a. è incostituzionale”, e si pone, inoltre, in contrasto con gli obblighi di *standstill period* nel senso anzidetto.

¹¹³⁴ Osserva E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 882 ss., che l'essentialità della tutela cautelare è stata più volte ribadita dalla giurisprudenza costituzionale e della Corte di Giustizia dell'UE.

¹¹³⁵ Difatti l'art. 2, par. 1, lett. a) della direttiva ricorsi impone agli Stati membri di attribuire all'organo che decide sulle procedure di ricorso poteri che consentono di “a) prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti cautelari intesi a riparare la violazione denunciata...”. Ebbene, ci si riferisce a qualunque tipologia di vizio. Cfr. ancora sul punto E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 882.

¹¹³⁶ Cfr. E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 883.

12.2. (Segue) Dubbi sull'applicabilità del co. 8-ter dell'art. 120 c.p.a. al rito "superspeciale" avverso gli atti di ammissione-esclusione.

Ci si è chiesti se la disciplina introdotta dall'art. 120, co. 8-ter, c.p.a. sia applicabile anche al terzo rito speciale ex art. 120, co. 2-bis, 6-bis, c.p.a.

L'articolato provvisorio del decreto delegato sembrava dare risposta negativa, in quanto, al comma 8 dell'art. 120 c.p.a., era stato inserito la seguente locuzione: "salvo quanto previsto al comma 6-bis". Tale disposizione, probabilmente traendo spunto dalla ritenuta superfluità della tutela cautelare in un rito ove i tempi per la definizione del giudizio di merito sono particolarmente accelerati, poteva essere letta come un superamento della previsione del giudizio cautelare in materia.

Tuttavia, il Consiglio di Stato nel parere n. 855 del 2016 avvertiva che l'omessa previsione della tutela cautelare nel rito "superspeciale", anche se giustificata dai tempi ristretti di svolgimento del rito, comunque violava i principi comunitari e costituzionali in tema di indefettibilità della tutela cautelare medesima¹¹³⁷.

Pertanto, l'art. 120 c.p.a. nella versione definitiva, in linea con quanto asserito dal Consiglio di Stato, elimina l'inciso iniziale "salvo quanto previsto al comma 6-bis".

Tale eliminazione secondo parte della dottrina¹¹³⁸ è sintomatica dell'ammissibilità della tutela cautelare anche nel nuovo rito "superspeciale", in quanto, tra l'altro, particolarmente necessaria in relazione all'impugnazione dei provvedimenti di esclusione.

Di diverso avviso altra parte della dottrina¹¹³⁹ che, ferma restando la non "superfluità" dell'applicazione di misure cautelari nel rito contro le ammissioni-esclusioni, pone dei dubbi circa

¹¹³⁷ Si legge in Cons. Stato, comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855, "Quanto, invece, al rito "superspeciale" previsto per le ammissioni e le esclusioni, la tutela cautelare diventa, di fatto e nella ordinarietà dei casi, superflua, attesi i tempi strettissimi in cui si perviene alla decisione di merito, di cui può anche essere anticipata la pubblicazione del dispositivo. Sicché la funzione anticipatoria che è propria e tipica della tutela cautelare non troverà ordinariamente possibilità di pratica esplicazione. In tale prospettiva si comprende perché l'art. 204, nel novellare il comma 8 dell'art. 120 cod. proc. amm., relativo alla tutela cautelare, fa "salvo quanto previsto al comma 6-bis". Tuttavia tale inciso, se rispondente alla *ratio* della ordinaria non necessità della tutela cautelare nel rito "superspeciale", dà luogo a dubbi sul piano dei principi comunitari e costituzionali in tema di indefettibilità della tutela cautelare. Difatti, la tutela cautelare non può essere preclusa *ex ante*, in via generale, anche ove, di fatto, ed ordinariamente, *ex post* non sia necessaria. Sicché, potrebbe essere opportuno sopprimere la lett. f) del comma 2 dell'art. 204". Il legislatore delegato ha accolto il suggerimento proposto dal Consiglio di Stato.

¹¹³⁸ Cfr. M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e 'precontenziosa' nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, op. cit., 37.; ID., *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il "rito appalti" e le esigenze imperative di interesse generale*, op. cit., 58.

¹¹³⁹ E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 884 ss., il quale avverte che la tutela cautelare deve trovare applicazione nel rito superspeciale e non è superflua, tuttavia il problema è un altro, vale a dire "se la domanda cautelare sia ammissibile, visto che per il comma 8 *ter* dell'art. 120 c.p.a., l'ordinanza urgente deve essere funzionalmente strumentale alla dichiarazione di inefficacia del contratto e qui non ancora è adottata nemmeno l'aggiudicazione poiché si è nella preventiva fase della "valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali".

l'ammissibilità della domanda cautelare nel rito *de quo*, a causa dei rigorosi parametri legislativi imposti dall'art. 120, co. 8-ter, c.p.a.¹¹⁴⁰

Difatti, il comma 8-ter dell'art. 120 c.p.a. impone che l'ordinanza cautelare sia strumentalmente funzionale alla dichiarazione di inefficacia del contratto, tuttavia nelle ipotesi disciplinate dall'art. 120, co. 2-bis, c.p.a. non è ancora intervenuto nemmeno il provvedimento di aggiudicazione (a maggior ragione non può esserci il contratto), poiché ci si trova nella fase di valutazione dei requisiti soggettivi di partecipazione alla gara¹¹⁴¹.

13. Dalle “raccomandazioni vincolanti” alla legittimazione processuale speciale dell’Anac.

Si inseriscono nell’ottica di deflazionare il contenzioso i due strumenti di risoluzione delle controversie alternativi ai rimedi giurisdizionali, sulla cui rinconducibilità alla categoria delle ADR¹¹⁴² invero si dubita¹¹⁴³, adottabili dall’Anac, quali il parere di precontenzioso e l’atto di

¹¹⁴⁰ In altri termini, si discute dell’ammissibilità concreta della domanda cautelare nel rito super-accelerato, soprattutto alla luce dei rigidi parametri indicati dall’art. 120, co. 8-ter, c.p.a.

¹¹⁴¹ Sulla stessa linea di pensiero si pone Tar Campania, Napoli, sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852, il quale - dopo aver ribadito l’indefettibilità della tutela cautelare anche nel rito “superspeciale” e aver chiarito che nel rito *de quo* può trovare applicazione la tutela cautelare *ante causam* (art. 61 c.p.a.) e, soprattutto, quella monocratica d’urgenza (art. 56 c.p.a., si tratta delle misure cautelari adottate in corso di causa), che deve essere garantita “in ragione del diritto di difesa delle parti”, mentre non è configurabile la tutela cautelare (collegiale) ordinaria ex art. 55 c.p.a. “posto che in caso di semplice pregiudizio grave e irreparabile non si vede come la parte possa pretendere che il giudice amministrativo, fissando la camera di consiglio ordinaria, possa legittimamente derogare al procedimento superaccelerato introdotto dal nuovo Codice dei contratti” - riguardo all’applicabilità dell’art. 120, co. 8-ter, c.p.a. anche nell’ambito del rito “superaccelerato” ex art. 120, co. 2-bis, 6-bis, c.p.a., afferma “è del tutto illogico che al giudice debba toccare la valutazione della concedibilità della tutela cautelare attraverso una prognosi sull’esito del giudizio, collegato al rinvio agli artt. 121 co. 1 e 122 c.p.a. (ed in particolare alla possibilità per il ricorrente di ottenere la tutela in forma specifica subentrando nel contratto), quando ci si trova nell’ambito di un giudizio contro ammissioni o esclusioni e ancora non si conosce quale concorrente sarà dichiarato aggiudicatario. È quindi ipotizzabile ritenere che la suddetta disposizione non si applichi al rito super accelerato, perché presuppone comunque l’affidamento e forse addirittura l’esistenza di un contratto”.

¹¹⁴² Sul tema delle ADR cfr., fra gli altri, M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 481 ss.

¹¹⁴³ In dottrina, all’indomani dell’adozione dell’art. 211 d.lgs. cit., si discuteva se l’art. 1 della legge delega n. 11 del 2016, che alla lettera aaa) prevedeva che si procedesse alla “razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale”, fosse compatibile con l’introduzione del parere di precontenzioso e dell’atto di raccomandazione dell’Anac. I dubbi sorti in dottrina erano principalmente due: I) se la riferita razionalizzazione dei metodi di risoluzione comporti una preclusione all’introduzione di nuove forme di ADR; II) se il riferimento a modalità di ADR “anche in materia di esecuzione del contratto” significhi, *a contrario*, che il legislatore delegante ammetta forme di ADR anche relative alla fase pubblicistica delle procedure di affidamento. La dottrina aderente a tali dubbi (cfr. per tutti C. CONTESSA, *Le forme di tutela nel nuovo Codice, op. cit.*, 515 ss.) esprime perplessità riguardo alla formulazione dell’art. 211 d.lgs. cit., che ritiene non compatibile con la lettera aaa) della legge delega n. 11 del 2016 per due ordini di ragioni: I) il legislatore delegato oltrepassa i limiti stabiliti dalla legge delega che parlava di “razionalizzazione” degli ADR e non dell’introduzione di nuove tipologie; II) la legge delega prevedeva che tale razionalizzazione interessasse forme di ADR destinate ad intervenire nella sola fase di “esecuzione del contratto” e, invece, l’art. 211, co. 1 e 2, d.lgs. cit., prevede rimedi alternativi al contenzioso che trovano ingresso già nella prodromica fase ad evidenza pubblica. Tuttavia, per quanto attiene al secondo dubbio menzionato, alla dottrina che ritiene violato il criterio di delega di cui alla lettera aaa) che imponeva una limitazione alle forme di ADR che intervenissero nella fase ad evidenza pubblica, si contrappone altro indirizzo interpretativo (facente capo a M. LIPARI, *Il pre-contenzioso, op. cit.*) che, partendo da una diversa lettura dell’inciso finale “anche in materia di esecuzione del contratto”, osserva che quell’*anche* significa che il legislatore delegato poteva (o doveva) innanzitutto prevedere forme di ADR proprio nella fase precedente l’esecuzione del contratto. Dunque la prospettiva appare capovolta, in quanto si intende l’inciso finale predetto come obbligante il legislatore delegato a prevedere *in primis* rimedi alternativi al

raccomandazione vincolante. Tali atti sono impugnabili, ex art. 120, co. 1, c.p.a. dinanzi al giudice amministrativo la cui cognizione, in sede di giurisdizione esclusiva, risulta ampliata¹¹⁴⁴.

Il parere di precontenzioso è disciplinato all'art. 211, co. 1, d.lgs. n. 50 del 2016 che consente all'amministrazione aggiudicatrice o ai concorrenti di chiedere all'Anac di sciogliere dubbi esegetici ed applicativi relativi a "questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara" mediante l'adozione di un parere che ha lo scopo di risolvere tali questioni e prevenire la proposizione di ricorsi giurisdizionali¹¹⁴⁵.

Tuttavia, ciò che maggiormente rileva ai fini della presente trattazione è l'abrogazione del comma 2 dell'art. 211 d.lgs. n. 50 del 2016 ai sensi dell'art. 123, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 56 del 2017 (c.d. "correttivo" del d.lgs. n. 50 del 2016) e, dunque, la soppressione del tormentato e discusso istituto delle raccomandazioni vincolanti¹¹⁴⁶.

Recependo alcuni suggerimenti di modifica del vecchio istituto delle raccomandazioni vincolanti proposti dal Consiglio di Stato nel parere n. 855 del 2016¹¹⁴⁷, l'art. 52-ter, d.l. 24 aprile 2017, n. 50, conv. nella legge 21 giugno 2017, n. 96¹¹⁴⁸, inserisce tre nuovi commi all'art. 211 d.lgs. cit.,

contenzioso relativo alla fase pubblicistica delle procedure di affidamento, ricadenti nell'ambito della giurisdizione del g.a. e, in seconda battuta, forme di ADR riguardanti la fase di esecuzione del contratto, assoggettati, invece, alla giurisdizione del giudice ordinario. Tuttavia, la dottrina favorevole ad una lettura progressista del criterio di delega (aaa) rileva che è proprio l'ampia genericità del suddetto criterio, che si limita a prevedere la razionalizzazione di forme di ADR senza indicarle analiticamente nella loro fisionomia, a causare i suesposti dubbi ermeneutici soprattutto riguardo all'ingresso di rimedi alternativi al contenzioso nella fase pubblicistica. Anzi, forse è proprio la genericità della delega ad esprimere la difficoltà per il legislatore nazionale nel prevedere rimedi che siano effettivamente alternativi alla tutela giurisdizionale amministrativa, stante il carattere di indisponibilità che contraddistingue le situazioni giuridiche soggettive connesse all'esercizio del potere amministrativo. Chiarisce M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e 'precontenziosa' nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, op. cit., 39, che l'art. 211 d.lgs. cit. trova la sua base giustificativa più che "nella discussa logica espansiva degli ADR", nell'ampliamento dei poteri di intervento e di controllo nel settore degli appalti pubblici attribuiti all'Anac dal d.lgs. n. 50 del 2016. Ed infatti, l'art. 211, co. 1 e 2, d.lgs. cit. attribuisce all'Anac nuovi poteri consultivi e di indirizzo, estrinsecandosi i primi nei pareri di precontenzioso, mentre i secondi negli atti di raccomandazione. Pertanto, la base giustificativa del detto art. 211 va ricercata nell'art. 1, lett. t) della L. n. 11 del 2016. Cfr. anche sul punto E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 892 ss.

¹¹⁴⁴ Come chiarito al Capitolo precedente, l'art. 204, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016, innova l'art. 120, co. 1, c.p.a., sostituendo la locuzione "nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture", con la seguente "nonché i provvedimenti dell'autorità nazionale anticorruzione ad essi riferiti".

¹¹⁴⁵ I caratteri del nuovo istituto possono così riassumersi: I) facoltatività del suo utilizzo e vincolatività; II) vincolatività a soggettività variabile, in quanto il parere vincola solo chi lo richiama o dichiara di volersi attenere; III) risoluzione delle sole "questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara"; IV) espressione del parere di precontenzioso entro trenta giorni dalla richiesta; V) impugnabilità del parere dinanzi al g.a. ai sensi dell'art. 120 c.p.a.; VI) richiamo all'art. 26 c.p.a. per evitare che il ricorrente impugni il parere sulla base di ricorsi manifestamente infondati o temerari. Per un'analisi approfondita di tali caratteri e dei connessi profili critici cfr. per tutti E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 892 ss.

¹¹⁴⁶ Per un'attenta disamina sulle caratteristiche dell'atto di raccomandazione, sulle criticità a cui si esponeva e sulle differenze con il parere di precontenzioso si rinvia a E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 899 ss.

¹¹⁴⁷ Il Consiglio di Stato nel parere n. 855 del 2016 aveva avanzato diverse proposte di modifica del comma 2 dell'art. 211 d.lgs. cit. tutte rimaste inascoltate eccetto una, tanto che nel parere n. 432 del 2017 sembra rassegnarsi al fatto che resti inalterata la disciplina relativa alla c.d. "raccomandazione vincolante dell'ANAC" Tuttavia, il decreto correttivo d.lgs. n. 56 del 2017 non accoglie nessuno dei suggerimenti di modifica proposti dal Consiglio di Stato e con un tratto di penna elimina completamente il comma 2 dell'art. 211 d.lgs. n. 50 del 2016.

¹¹⁴⁸ Nonostante il Governo, all'indomani dell'abrogazione dell'art. 211, co. 2, d.lgs. cit., avesse promesso di rimediare, in sede di correzione al d.lgs. n. 56 del 2017, a quella che è stata definita una "manovra senza paternità" tesa

sostituendo il potere di raccomandazione vincolante con l'attribuzione all'Anac della legittimazione ad agire dinanzi al g.a. per l'impugnazione di alcune categorie di atti delle procedure di affidamento.

Come accennato, sull'esempio del potere che l'art. 21-*bis* L. n. 287 del 1990 ha conferito all'Agcm¹¹⁴⁹, viene attribuito all'Anac una legittimazione processuale espressa in materia di contratti pubblici "di rilevante impatto", esercitabile con ricorso diretto al g.a. *ex art.* 211, co. 1-*bis*, d.lgs. n. 50 del 2016, ovvero preceduta da un articolato procedimento prodromico in cui l'Anac, qualora ravvisi un vizio di legittimità di alcuni atti della procedura di gara, non "ordina" mediante atto di raccomandazione alla stazione appaltante di agire in autotutela, ma con parere motivato invita l'amministrazione aggiudicatrice a correggere le violazioni riscontrate *ex art.* 211, co. 1-*ter*, d.lgs. cit.¹¹⁵⁰.

Se la stazione appaltante non dovesse conformarsi al detto parere non sarà irrogata una sanzione amministrativa bivalente (a carico della p.a. e del dirigente responsabile), pecuniaria o reputazionale, ma l'Autorità anticorruzione potrà decidere di proporre azione giurisdizionale *ex art.* 120 c.p.a.¹¹⁵¹

ridimensionare i poteri dell'Anac, con l'art. 52-*ter* della c.d. "manovrina" modifica l'art. 211 d.lgs. cit., ma non reintroduce il potere di raccomandazione vincolante. Cfr. sul punto M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'Anac*, in www.giustizia-amministrativa.it; ID., *Legittimazione processuale speciale dell'ANAC*, in www.lamministrativista.it

¹¹⁴⁹ Della legittimazione processuale dell'Agcm si è già discusso nei paragrafi precedenti. In questa sede si ricordi quanto affermato da R. DE NICTOLIS, *I poteri dell'Anac dopo il correttivo*, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui la nuova legittimazione processuale dell'Anac corrisponde ad un "modello di vigilanza collaborativa già sperimentato con successo, che supera i dubbi di legittimità delle previgenti raccomandazioni vincolanti. Lo strumento può ascrivere sia alla vigilanza, sia ai mezzi deflattivi del contenzioso".

¹¹⁵⁰ Il Regolamento approvato con delibera del 13 giugno 2018, adottato dall'Anac *ex art.* 211, co. 1-*quater*, d.lgs. n. 50 del 2016, ha avallato l'opinione di quella parte della dottrina che aveva rilevato che i commi 1-*bis* e 1-*ter*, del detto art. 211, avessero un differente ambito applicativo: "Il primo riconosce una legittimazione dell'ANAC in relazione ad atti specifici, ma senza necessità che vi sia una grave violazione. Il secondo prevede la legittimazione dell'ANAC solo in presenza di "violazioni gravi", che però non sono ancorate a atti specifici, né a contratti di rilevante impatto". Ebbene, se il comma 1-*bis* "ha una portata differente ed autonoma" rispetto al successivo comma 1-*ter*, al ricorrere dei presupposti *ex art.* 211, co. 1-*bis*, d.lgs. n. 50 del 2016, l'ANAC potrebbe agire in giudizio in via immediata e diretta, senza prima emettere parere motivato e attendere l'adeguamento spontaneo della stazione appaltante". *Ergo*, senza rispettare il procedimento descritto al successivo comma 1-*ter*. Cfr. sul punto R. DE NICTOLIS, *I poteri dell'Anac dopo il correttivo*, *op. cit.*, 16. Tale lettura delle due disposizioni, che può essere definita "autonomista", è stata confermata dal suddetto Regolamento dell'Anac che, senza lasciare adito a dubbi, disciplina le due fattispecie, rispettivamente quella prevista al comma 1-*bis* e 1-*ter*, in due capi autonomi del Regolamento: Capo II, rubricato "Legittimazione all'impugnazione di cui all'art. 211, comma 1-*bis* (ricorso diretto)", che si articola nell'art. 3 "Fattispecie legittimanti il ricorso, art. 4 "Atti impugnabili", art. 5 "Proposizione del ricorso"; Capo III, rubricato "Legittimazione all'impugnazione di cui all'art. 211, comma 1-*ter* (ricorso previo parere motivato)", che è a sua volta composto dall'art. 6 "Fattispecie legittimanti", art. 7 "Atti impugnabili", art. 8 "Procedimento per l'emissione del parere motivato", art. 9 "Rapporti con la stazione appaltante", art. 10 "Proposizione del ricorso". Dunque, la differente disciplina dettata in due Capi autonomi del Regolamento, unitamente al chiaro dato letterale che ha definito le due fattispecie descritte ai commi 1-*bis* e 1-*ter* del detto art. 211, rispettivamente, come "ricorso diretto" e "ricorso previo parere motivato", non lasciano adito a dubbi: l'Anac è legittimata, ai sensi del detto comma 1-*bis* a rivolgersi al g.a. direttamente senza esperire previamente il procedimento *ex* comma 1-*ter*.

¹¹⁵¹ Tale procedimento è descritto all'art. 211, co. 1-*ter*, d.lgs. n. 50 del 2016, che può idealmente dividersi in quattro fasi: l'Anac acquisisce la notizia della violazione grave; entro sessanta giorni dall'apprensione della notizia emette un parere motivato in cui indica i vizi di legittimità riscontrati e che trasmette alla stazione appaltante; entro un termine assegnato dall'Anac, e comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l'amministrazione aggiudicatrice

È evidente la funzione deflattiva del contenzioso svolta dall'istituto in esame che mira, in prima battuta, all'adeguamento spontaneo della stazione appaltante al parere di precontenzioso, concependo il ricorso al g.a. come *extrema ratio*¹¹⁵².

I commi 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater*¹¹⁵³ inseriti nell'art. 211 d.lgs. cit. se da un lato hanno il pregio di aver superato alcuni profili critici a cui si esponeva l'istituto delle raccomandazioni vincolanti, dall'altro, hanno ridimensionato il potere di intervento dell'Anac che non sembra più essere esteso a tutti i vizi di legittimità che inficiano gli atti delle procedure di gara. Difatti, l'art. 211, co. 1-*bis*, d.lgs. n. 50 del 2016 limita il potere di agire in giudizio dell'Autorità anticorruzione ai bandi, agli altri atti generali, nonché ai provvedimenti relativi “ai contratti di rilevante impatto”. In tal modo si rimette all'Anac la scelta discrezionale del criterio selettivo in base al quale un contratto possa essere qualificato di “rilevante impatto”¹¹⁵⁴. Riguardo alla contestazione dei “provvedimenti” dal tenore letterale della disposizione si desume che sono impugnabili solo i provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto. Ebbene, la dottrina appare unanime nel ritenere che se relativi ai contratti medesimi possono rientrare nell'ambito di applicazione della disposizione *de qua* anche gli atti di aggiudicazione, nonché i provvedimenti di ammissione-esclusione dalla gara¹¹⁵⁵. Pertanto, decorsi i termini per impugnare i relativi atti da parte del concorrente-ricorrente interessato, i provvedimenti *de quibus* possono essere impugnati dall'Anac, qualora la stazione appaltante non abbia eliminato le violazioni riscontrate a seguito dell'invito contenuto nel parere di precontenzioso¹¹⁵⁶.

deve decidere se conformarsi o meno al parere; qualora la stazione appaltante non si sia conformata al parere l'Anac, entro i successivi trenta giorni, può proporre ricorso al Tar ai sensi dell'art. 120 c.p.a. Cfr. sul punto M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'Anac*, op. cit.

¹¹⁵² Tuttavia, chiarisce M. LIPARI, *Legittimazione processuale speciale dell'ANAC*, op. cit., che la legittimazione processuale dell'Anac “potrebbe determinare un fenomeno di “*sostituzione processuale*”, piuttosto che di *personificazione* di interessi diffusi”. Sarà l'Autorità anticorruzione a decidere quando esercitare il proprio potere di azione, “escludendolo nei casi in cui la proposizione del ricorso potrebbe apparire come una forma di supplenza alla inerzia delle iniziative spettanti ai soggetti direttamente interessati”. Pertanto, se l'Anac utilizzerà il nuovo potere senza restringerne l'esercizio, la riforma del 2017 potrebbe trasformare il precontenzioso in una sorta di “supercontenzioso, di *pluscontenzioso* o di *extracontenzioso*, perché, potenzialmente, si dilata notevolmente l'ambito entro cui potranno aprirsi controversie dinanzi al giudice, solo in parte arginabili attraverso il meccanismo preventivo del parere motivato”.

¹¹⁵³ L'art. 211, co. 1-*quater*, d.lgs. n. 50 del 2016, chiarisce: “L'ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-*bis* e 1-*ter*”.

¹¹⁵⁴ Anche se le incertezze applicative sul punto sono oggi ridotte, dal momento che l'Anac nel Regolamento approvato con delibera del 13 giugno 2018, riportata alla nota successiva, chiarisce all'art. 3 rubricato “fattispecie legittimanti il ricorso” cosa s'intenda per contratti di rilevante impatto.

¹¹⁵⁵ Quanto sostenuto dalla dottrina è stato confermato dall'Anac che, in attuazione dell'art. 211, co. 1-*quater*, d.lgs. cit., ha adottato il “Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 211, commi 1-*bis* e 1-*ter*, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50 e successive modificazioni e integrazioni”, vale a dire il Regolamento approvato con delibera ANAC 13 giugno 2018, n. 572, in G.U. n. 174 del 17 luglio 2018, con il quale si è chiarito che gli atti di ammissione-esclusione rientrano nella categoria degli atti impugnabili ex art. 211, co. 1-*bis* e 1-*ter*, d.lgs. n. 50 del 2016.

¹¹⁵⁶ Afferma, difatti, R. DE NICTOLIS, *I poteri dell'Anac dopo il correttivo*, op. cit., che l'onere di immediata impugnazione degli atti di ammissione ed esclusione “non si applica all'ANAC, sicché può in concreto verificarsi che l'ANAC impugni un'ammissione o esclusione illegittima quando sono decorsi, per i concorrenti, i termini per contestare tale tipologia di atti”.

Il potere dell'Anac è limitato, ai sensi dell'art. 211, co. 1-ter, d.lgs. cit., alle sole “violazioni gravi del presente Codice”¹¹⁵⁷. Secondo attenta dottrina¹¹⁵⁸ bisogna prediligere un'interpretazione estensiva della disposizione che comprende non solo le norme contenute nel d.lgs. n. 50 del 2016, ma tutte le fonti legislative anche estranee al Codice, ma ad esso funzionalmente collegate, nonché le violazioni di principi e regole di matrice comunitaria (le direttive ricorsi) ed internazionale (CEDU), anche se non richiamate direttamente dalle disposizioni codicistiche.

A parere di una parte della dottrina¹¹⁵⁹ la *ratio* della limitazione dell'intervento dell'Anac risiede nell'evitare una forte ingerenza dell'Autorità anticorruzione nelle gare pubbliche, dal momento che il previgente potere di raccomandazione vincolante implicava un controllo penetrante dell'Anac sulla legittimità degli atti di gara, sottraendo spazi di sindacato al g.a.

Si pensi al caso della preclusione processuale *ex art. 120, co. 2-bis, c.p.a.* che, decorsi i termini stabiliti, non consente al g.a. di conoscere della legittimità degli atti di ammissione ed esclusione, nonché del successivo provvedimento di aggiudicazione per i vizi inerenti alla fase di ammissione-esclusione. Tuttavia, ai sensi dell'abrogato art. 211, co. 2, d.lgs. cit., ciò che era precluso al giudice era concesso all'Anac, la quale poteva “ordinare” alla stazione appaltante di procedere in autotutela per rimuovere gli atti ritenuti illegittimi. Come detto, anche nell'attuale formulazione l'Anac può, alle condizioni previste, impugnare i predetti provvedimenti, ma il suo raggio d'intervento risulta essere più circoscritto¹¹⁶⁰.

La legittimazione processuale dell'Anac esercitabile a seguito del procedimento descritto dall'art. 211, co. 1-ter, d.lgs. n. 50 del 2016 non sembra essere totalmente coincidente con la *ratio* del considerando 122 della direttiva 2014/24/UE, secondo cui anche il semplice cittadino dovrebbe avere la possibilità di utilizzare uno strumento diretto di controllo obiettivo della legittimità delle

¹¹⁵⁷ M. LIPARI, *Legittimazione processuale speciale dell'ANAC*, *op. cit.*, prima che fosse adottato il Regolamento di cui alla nota 114, aveva ipotizzato che con la locuzione “gravi violazioni del presente codice” *ex art. 211, co. 1-ter, d.lgs. n. 50 del 2016*, si facesse riferimento anche alle violazioni *ex art. 121 c.p.a.* Tuttavia, dalla lettura dell'art. 6 del Regolamento approvato con delibera del 13 giugno 2018, si desume che non sono menzionate tutte le violazioni gravi previste all'art. 121 c.p.a., ma solo quelle che corrispondono alle lettere a) e b) del detto art. 121 che si riferiscono, nello specifico, alla violazione delle regole poste a presidio della libertà di concorrenza. Le lettere c) e d) dell'art. 121 c.p.a., che si riferiscono alla violazione dello *standstill period* sostanziale e processuale e che devono aver influito sulla concreta possibilità del ricorrente di ottenere l'appalto per assurgere a “gravi violazioni”, non sono invece contemplate nell'art. 6 del suddetto Regolamento. La motivazione dell'esclusione delle lettere c) e d) è forse da ricercare nel fatto che all'Anac è oggi riconosciuta la legittimazione processuale speciale per far valere l'interesse obiettivo alla legittimità delle procedure di gara, senza tenere in considerazione la soddisfazione dell'interesse sostanziale anelato dal ricorrente.

¹¹⁵⁸ M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'Anac*, *op. cit.* Tale interpretazione sembra essere confermata dall'Anac nel Regolamento approvato con delibera del 13 giugno 2018 che, all'art. 6, oltre a menzionare le ipotesi di violazioni relative alle disposizioni presenti nel Codice dei contratti pubblici, fa anche riferimento, nella lettera f), ai contratti affidati “in presenza di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati, come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'UE in un procedimento ai sensi dell'art. 258 del TFUE”.

¹¹⁵⁹ Cfr. sul punto S. TRANQUILLI, *Anche l'ANAC è legittimata a ricorrere davanti al giudice amministrativo*, in www.lamministrativista.it, che riporta il pensiero dominante in dottrina.

¹¹⁶⁰ Soprattutto data la limitazione dei vizi deducibili.

procedure di gara. Dunque, la pedissequa applicazione del considerando 122 imporrebbe che sia legittimato a sollecitare il potere dell'Anac unicamente un soggetto "terzo", "mero cittadino contribuente", che possa contestare la violazione di norme poste a presidio della legittimità della procedura di gara solo attraverso la sollecitazione del potere di intervento dell'Autorità anticorruzione. Diversamente, al privato che abbia la possibilità di agire in giudizio o, *a fortiori*, a colui che abbia fatto spirare infruttuosamente i termini per impugnare l'atto lesivo, dovrebbe essere preclusa la possibilità di attivare il procedimento *ex art. 211, co. 1-ter*, d.lgs. cit., onde sfociare in una irragionevole rimessione nei termini¹¹⁶¹.

Ebbene, anche se il comma *1-ter* del detto art. 211 disciplina un procedimento che può essere attivato d'ufficio, non è escluso che "chiunque" possa sollecitare l'Anac ad adottare il parere motivato nei confronti di un atto della stazione appaltante lesivo delle norme poste a presidio della legittimità delle procedure ad evidenza pubblica. Tuttavia, il procedimento descritto non sembra circoscrivere espressamente la possibilità di sollecitare l'intervento dell'Anac ai terzi che non possono esperire altri strumenti giurisdizionali ed è, inoltre, dubbio se l'eventuale determinazione negativa ovvero il silenzio dell'Autorità anticorruzione possano essere contestati mediante ricorso al Tar da parte degli autori della segnalazione. A ciò si aggiungano le limitazioni al potere di intervento a cui si è fatto cenno, non contemplate dalla normativa europea, e l'inadeguatezza "dello strumento - non decisorio - della mera sollecitazione di un giudizio"¹¹⁶². A parere di attenta dottrina¹¹⁶³ onde rendere il procedimento descritto compatibile con la *ratio* del considerando 122 della direttiva 2014/24/UE dovrebbe essere istituito un apposito procedimento di precontenzioso dinanzi all'Anac ovvero ad arbitri imparziali vigilati dall'Autorità medesima attivato dal semplice cittadino che non abbia accesso alle procedure di ricorso di cui alle direttive ricorsi e che dovrebbe poter contestare le illegittimità delle procedura di gara senza i limiti previsti dal detto art. 211.

14. Considerazioni conclusive.

Il percorso di ricerca seguito ha consentito di giungere ai risultati scientifici di seguito illustrati. Bisogna, innanzitutto, operare un *distinguo* tra le conclusioni che possono trarsi per la disciplina del rito speciale in materia di appalti pubblici *ex art. 120 e ss. c.p.a.*, e quelle relative al rito "super-

¹¹⁶¹ Cfr., più ampiamente, M. LIPARI, *Legittimazione processuale speciale dell'ANAC*, *op. cit.*

¹¹⁶² M. LIPARI, *Legittimazione processuale speciale dell'ANAC*, *op. cit.*, secondo cui "il veicolo della legittimazione processuale speciale dell'ANAC è certamente inidoneo a realizzare il risultato voluto dal diritto europeo, sia per la inadeguatezza dello strumento (non decisorio), sia per le numerose limitazioni previste dall'art. 211, non consentite dalla normativa UE".

¹¹⁶³ Cfr. M. LIPARI, *Legittimazione processuale speciale dell'ANAC*, *op. cit.*, il quale aggiunge che "in attesa di questa necessaria disciplina (la cui mancanza potrebbe esporre lo Stato italiano a censure della Commissione) le iniziative del cittadino intese a stimolare l'esercizio dei poteri di cui al comma *1-ter* devono essere tutelate in modo adeguato, generando, in capo all'ANAC un dovere di provvedere, il cui inadempimento è sindacabile con ricorso al giudice amministrativo".

speciale” *ex art. 120, co. 2-bis, 6-bis., c.p.a.*, unitamente alle modifiche legislative introdotte *ex art. 204 d.lgs. n. 50 del 2016*.

L’indagine condotta ha verificato che il rito speciale *ex art. 120 c.p.a.* è qualificabile come un modello processuale ibrido prevalentemente soggettivo, ma con “aperture parziali” di carattere oggettivo. Nonostante i profili critici riscontrati nel corso della trattazione, si è sottolineato che il legislatore italiano ha cercato di contenere le spinte “centrifughe” derivanti dall’ingresso di valori propri del diritto comunitario e, dando attuazione alla *ratio* delle direttive ricorsi, ha cercato di garantire al ricorrente la predisposizione di rimedi rapidi ed efficaci, determinando la contestuale soddisfazione dell’interesse pubblico alla tutela della concorrenza e dell’effettività della tutela giurisdizionale dell’impresa-ricorrente. Dunque, le aperture oggettivistiche sono compatibili con il dettato costituzionale e con la *ratio* delle direttive ricorsi, in quanto la tutela giurisdizionale non è oltremodo limitata ed, anzi, l’effettività della tutela raggiunge in materia *standards* elevati.

Al contrario, il rito “super-speciale” *ex art. 120, co. 2-bis e 6-bis, c.p.a.* non solo soddisfa tutte le condizioni necessarie affinché sia qualificato come un modello processuale differenziato di matrice oggettiva, ma compromette la tutela giurisdizionale tanto da generare dubbi di compatibilità costituzionale e comunitaria. La disciplina del rito “superspeciale”, unitamente alle modifiche introdotte dall’art. 204 d.lgs. n. 50 del 2016 all’art. 120 c.p.a., accentuano i caratteri oggettivi del rito appalti e si inseriscono nella logica della deflazione del contenzioso. Se la finalità è condivisibile, la modalità per raggiungere l’obiettivo è, tuttavia, criticabile. Per ridurre il contenzioso si anticipa eccessivamente la tutela alle fasi preliminari delle procedure di gara, si amplia la nozione di interesse al bene della vita e degli interessi giuridicamente rilevanti, si crea un interesse a ricorrere “virtuale” trasfigurando le categorie giuridiche tradizionali e minando alla stessa categoria di interesse legittimo come posizione “qualificata” e “differenziata”, nonché alla dogmatica delle posizioni giuridiche soggettive.

L’eccessiva anticipazione della tutela e la moderna tendenza a dilatare la concezione di interesse giuridicamente rilevante potrebbero sortire il pericoloso effetto di attribuire alla discrezionalità del giudice la scelta degli interessi meritevoli di tutela, arrecando un *vulnus* al principio della certezza del diritto.

Tuttavia, si giunge a tale conclusione se si parte dal presupposto che l’interesse al bene della vita nel rito in materia di appalti pubblici sia l’aggiudicazione dell’appalto e, conseguentemente, l’interesse a ricorrere consista nella concreta possibilità di ottenere l’aggiudicazione, quale bene della vita a cui il ricorrente aspira. In altri termini, l’inquadramento del rito “super-speciale” nell’ambito di una giurisdizione di tipo oggettivo o soggettivo dipende dal modo in cui si imposta la questione: se si accoglie l’orientamento tradizionale che considera unico interesse al bene della

vita perseguibile l'aggiudicazione dell'appalto, o al massimo la rinnovazione della gara per avere un'altra *chance* di vincerla, la preventiva impugnazione del provvedimento di ammissione comporta, per le ragioni ampiamente esposte nel corso della trattazione, una trasfigurazione della categoria tradizionale dell'interesse a ricorrere, manchevole, sicuramente, del requisito dell'attualità; al contrario, se si accede all'indirizzo interpretativo che fa assurgere ad interesse al bene della vita autonomamente tutelabile l'interesse alla corretta composizione della platea dei concorrenti o, come pure è stato prospettato in dottrina, alla riduzione dei concorrenti per avere maggiori *chances* di aggiudicarsi l'appalto, non si registra una trasfigurazione delle categorie giuridiche tradizionali, in quanto l'interesse a ricorrere è personale (è interesse del ricorrente gareggiare con meno *competitors*), diretto o concreto ed attuale (la lesione si verifica già al momento della proposizione del ricorso). Si tratta, dunque, di un interesse che si individualizza e, perciò, si distingue dall'interesse generale alla correttezza e trasparenza delle procedure di gara.

Pertanto, se a parere del primo orientamento menzionato si sconfinava in una giurisdizione di diritto oggettivo che dà adito a non pochi dubbi di legittimità costituzionale e compatibilità comunitaria, dal momento che si limita fortemente la tutela giurisdizionale e si obbliga il ricorrente ad impugnare l'atto di ammissione per far valere un interesse alla giusta formazione della platea dei concorrenti, in nome dell'astratta legittimità dell'azione amministrativa e non per ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, attualizzando fittiziamente una lesione che al momento della proposizione del ricorso è solo potenziale (in quest'ordine di idee si inseriscono tre recenti ordinanze che hanno rimesso, rispettivamente, la questione di legittimità costituzionale e di compatibilità comunitaria dell'art. 120, co. 2-bis, 6-bis, c.p.a., dinanzi alla Consulta e alla Corte di Giustizia dell'UE); per il secondo indirizzo interpretativo citato il ricorrente agisce in giudizio per far valere un interesse alla riduzione dei partecipanti alla gara, che comunque resta personale e si distingue dal generico interesse alla correttezza e trasparenza delle procedure di gara. In tale ultimo caso il rito "super-speciale" rientrerebbe nel raggio d'azione della giurisdizione soggettiva.

Tuttavia, quale che sia l'indirizzo ermeneutico prescelto non può sottacersi che seppure volesse aderirsi all'orientamento che ritiene compatibile il rito *de quo* con le categorie giuridiche tradizionali proprie della giurisdizione di natura soggettiva, l'eccessiva anticipazione della tutela giurisdizionale, l'ingente contributo unificato ecc., limitano pesantemente la tutela giurisdizionale in maniera irragionevole.

Pertanto, a prescindere dall'accoglimento dell'una o dell'altra tesi ciò che rileva non è tanto sforzarci di inquadrare il rito "super-speciale" e le modifiche introdotte alla disciplina del processo appalti in un determinato modello processuale, quanto piuttosto capire quale sia la vera ragione che ha spinto il legislatore ad introdurre la nuova normativa.

Difatti, non sembra che dietro la scelta del legislatore italiano di apportare modifiche essenziali al processo in materia di appalti pubblici vi sia lo stesso livello di raffinatezza giuridica raggiunto da alcune ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali che hanno ravvisato l'introduzione di un interesse strumentale di nuovo conio alla corretta composizione della platea dei concorrenti per creare la massima certezza in ordine agli operatori economici ammessi alla gara, e che si sono sforzate di ricondurre il rito *de quo* in un modello processuale di matrice soggettiva.

Al contrario, pare che il legislatore italiano abbia travisato e strumentalizzato la *ratio* del considerando n. 122 della direttiva 2014/24/UE - che non imponeva una modifica del tema del contenzioso, ma intendeva semplicemente rafforzare gli strumenti di controllo obiettivo della legittimità delle procedure di gara attribuendo una posizione giuridica sostanziale anche al semplice cittadino, e non certamente di prevedere ricorsi giurisdizionali tesi a realizzare un interesse generale alla corretta composizione della platea dei concorrenti, piuttosto che ottenere la soddisfazione del personale interesse del ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto - per dare cittadinanza ad un'altra esigenza: la celerità dello svolgimento del procedimento e del processo per consentire la "sollecita realizzazione dell'opera" nell'interesse della stazione appaltante.

Ebbene, è come se la *ratio* del considerando 122 della direttiva 2014/24/UE fosse stata doppiamente travisata ad opera del legislatore italiano: in primo luogo perché il considerando *de quo* imponeva di attribuire al cittadino uno strumento diretto di controllo obiettivo della legittimità delle procedure ad evidenza pubblica e non di agire sui ricorsi giurisdizionali creando un rito *ad hoc* avverso gli atti di ammissione-esclusione; *in secundis* l'anticipazione della tutela alle fasi preliminari delle procedure di gara non è stata dettata dall'intento di rafforzare la legittimità del procedimento ad evidenza pubblica per reagire alle violazioni della normativa comunitaria e nazionale di recepimento (l'esigenza di garantire la legittimità delle pubbliche gare si estende anche ai ricorsi giurisdizionali a causa del rinvio operato dal considerando 122 all'art. 1, par. 3, della direttiva ricorsi), bensì per raggiungere l'obiettivo di deflazionare il contenzioso attraverso la riduzione dei ricorsi giurisdizionali, considerati quali ostacolo alla rapida conclusione delle gare d'appalto e, conseguentemente, al celere sviluppo delle attività economiche.

Più nello specifico, il considerando 122 invita gli Stati membri a rispettare, per quanto concerne i ricorsi giurisdizionali, le disposizioni delle direttive ricorsi e, in apertura, richiama l'art. 1, par. 3, della direttiva 89/665/CEE, così come modificato dalla direttiva 2007/66/CE, secondo cui gli atti delle procedure di affidamento possono essere impugnati da "chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione e che sia stato o rischi di essere stato leso a causa di una violazione" del diritto comunitario o delle norme nazionale di recepimento.

Quel “rischi di essere stato leso” sembra fare riferimento ad una lesione potenziale della situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio, pertanto anche il rischio che un provvedimento illegittimo possa cagionare un danno al partecipante alla gara è sufficiente a fondare l’interesse a ricorrere. Ebbene, poiché la *ratio* che anima la disposizione *de qua* è sicuramente la garanzia della legittimità delle procedure di gara fin dalle fasi iniziali e secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia le disposizioni della direttiva ricorsi non obbligano gli Stati membri a limitare l’esercizio del diritto al ricorso al solo provvedimento di aggiudicazione, l’onere di immediata impugnazione dell’atto di ammissione alla gara in un breve termine decadenziale sembrerebbe compatibile con l’art. 1, par. 3, della citata direttiva.

Da questo punto di vista è come se lo stesso diritto comunitario avesse imposto una trasfigurazione della categoria tradizionale dell’interesse a ricorrere, così come intesa nel nostro ordinamento, facendo scivolare il rito in materia di appalti pubblici verso una giurisdizione di diritto oggettivo. Tuttavia, il considerando 122 se da un lato richiama il disposto dell’art. 1, par. 3, della direttiva ricorsi, dall’altro, in ossequio al principio di effettività della tutela giurisdizionale (tenuto in debito conto dalle direttive ricorsi), invita gli Stati membri a non frapporre ostacoli al diritto al ricorso. Ebbene, il diritto comunitario intende rafforzare le esigenze di legalità purtuttavia non sacrificando il diritto alla tutela giurisdizionale.

Pertanto, seppure si volesse accogliere l’orientamento secondo cui l’autonoma impugnazione dell’atto di ammissione determini una trasfigurazione della categoria giuridica dell’interesse a ricorrere e, di conseguenza, che tale rito sia compatibile con l’art. 1, par. 3, direttiva ricorsi, i limiti imposti alla tutela giurisdizionale non dovrebbero salvare la norma *de qua* da una censura di incompatibilità comunitaria. Difatti, il problema non sarebbe tanto quello di inscrivere il rito *de quo* nell’ambito della giurisdizione di tipo oggettivo, quanto che la norma denunciata sia congegnata in modo tale da rendere impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio del diritto al ricorso.

In definitiva, si è affermato che il considerando 122 sia stato doppiamente travisato, in quanto seppur volessimo accogliere l’indirizzo interpretativo testé esposto secondo cui l’art. 1, par. 3, della direttiva ricorsi sia animato dall’esigenza di rafforzare la legittimità e garantire la certezza del diritto anche attraverso l’impugnazione degli atti preliminari della procedura ad evidenza pubblica, sembra che il legislatore italiano con la previsione dell’immediata impugnazione dell’atto di ammissione non abbia, al contrario del legislatore comunitario, inteso perseguire tale scopo.

In altri termini, il legislatore italiano dietro l’egida di garantire la legittimità delle procedure di gara e la certezza del diritto, in ossequio al considerando 122, cela la ragione che rappresenta la vera responsabile di tutte le limitazioni imposte alla tutela giurisdizionale nel rito in materia di appalti

pubblici a seguito delle modifiche introdotte *ex d.lgs. n. 50 del 2016*: la soddisfazione dell'interesse della stazione appaltante alla tempestiva esecuzione dell'appalto, senza che l'*iter* procedimentale possa essere turbato da possibili ricorsi giurisdizionali.

È in nome di tale esigenza, vale a dire la celerità, che si verificano tutte le distorsioni a cui dà luogo la nuova normativa, quali la deflazione del contenzioso a discapito del diritto di accesso alla giustizia, la limitazione del sindacato del g.a. sulle gare pubbliche, con conseguente aumento dei fenomeni corruttivi, la violazione del principio della certezza del diritto, dal momento che si rimette la scelta degli interessi giuridicamente rilevanti non al legislatore, bensì alla discrezionalità del giudice.

I ricorsi giurisdizionali sono concepiti come un ostacolo al rapido sviluppo dell'azione amministrativa, pertanto, si introducono strumenti volti a deflazionare il contenzioso, tuttavia, limitando pesantemente il diritto alla tutela giurisdizionale.

È questo il punto nodale di tutta la vicenda: la notevole compressione del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale per favorire il celere sviluppo delle attività economiche. Per tale via si registra un'involuzione, in quanto torna prevalente l'interesse di natura economica della p.a. che la direttiva ricorsi aveva considerato in rapporto di equiordinazione rispetto all'interesse al bene della vita all'aggiudicazione dell'appalto anelato dall'impresa ricorrente che, in base alla nuova normativa, resta sullo sfondo.

La preclusione processuale *ex art. 120, co. 2-bis, c.p.a.* che scatta qualora il ricorrente non impugnò previamente l'atto di ammissione od esclusione nei termini legali di decadenza, la conseguente impossibilità di impugnare il provvedimento di aggiudicazione per i vizi inerenti alla fase delle ammissioni-esclusioni, le limitazioni imposte in tema di tutela cautelare, la misura ingente del contributo unificato, sono tutti strumenti che riducono la mole di contenzioso perché scoraggiano l'accesso alla giustizia.

Ebbene, l'effetto negativo è duplice, difatti non solo per favorire le esigenze economiche si limita l'esercizio del diritto di azione e di difesa e, in generale, il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella sua dimensione costituzionale e comunitaria, ma, scoraggiando l'accesso alla giustizia si limita, di conseguenza, anche l'accesso al giudice che resta pur sempre, nell'architettura generale del sistema, il garante ultimo della legittimità dell'azione amministrativa. Difatti, impedire al ricorrente di impugnare l'atto di aggiudicazione qualora sia intervenuta la predetta preclusione processuale, imporre termini di decadenza iper-accelerati, nonché importi ingenti del contributo unificato, non implica solo una grave limitazione del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale, ma rende segmenti della procedura di gara insindacabili da parte del g.a. con possibile aumento di fenomeni corruttivi, riducendo il controllo di legittimità del giudice sugli atti

delle procedure di affidamento. L'irruzione dell'interesse pubblico di natura economica all'interno delle dinamiche di gara e, dunque, la sua riscoperta primazia, comporta non solo l'inaccettabile destrutturazione dei canoni del processo amministrativo di natura soggettiva ma mina alle fondamenta il ruolo costituzionale del giudice amministrativo.

Si assiste ad un mutamento degli attori principali del processo che non risultano essere più giudice e parti, ma si estende la legittimazione processuale a soggetti portatori di interessi pubblici, quali l'ANAC, con il paradosso che, ad esempio, se decorrono i termini legali di decadenza per impugnare gli atti di ammissione-esclusione o di aggiudicazione, quest'ultimi non possono essere contestati dal ricorrente, ma, se ne ravvisa i presupposti, possono essere impugnati dall'ANAC. Dunque, si procede verso la creazione di poteri forti e si ridimensiona sempre di più la figura del giudice.

Ebbene, ammesso che la definizione delle controversie in tempi brevi per favorire la celerità delle procedure di appalto non sia solo un interesse proprio della p.a., ma, in alcuni casi, anche della collettività, è inaccettabile una riforma che deflaziona il contenzioso a discapito del diritto fondamentale di accesso alla giustizia. Anche in periodi di profonda crisi economica non si dovrebbe mai consentire di posporre la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali del singolo agli interessi economici.

In altri termini, nel bilanciamento degli interessi operato dal legislatore italiano sembra che l'interesse pubblico al rilancio dell'economia e il principio di ragionevole durata del processo, quale proiezione della più volte menzionata esigenza di celerità, siano irragionevolmente prevalsi sulla garanzia di accesso alla giustizia e sul principio di effettività della tutela giurisdizionale. È, difatti, orientamento consolidato della Corte costituzionale italiana che le scelte compiute dal legislatore in tema di istituti processuali appaiono irragionevoli ovvero arbitrarie qualora il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti "sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale".

Ebbene, alla luce di tali considerazioni sembra maggiormente comprensibile quanto affermato in precedenza, secondo cui a prescindere dalla tesi accolta - ossia l'orientamento che ritiene il rito "super-speciale" e le modifiche apportate nel 2016 al rito appalti incompatibili con le categorie giuridiche tradizionali; l'indirizzo fautore della compatibilità con i canoni della giurisdizione soggettiva; nonché quello più innovativo che sostiene l'incompatibilità con le categorie giuridiche tradizionali con conseguente qualificazione del rito *de quo* come un "modello processuale differenziato di matrice oggettiva" – il rito "super-speciale" sarebbe incostituzionale non perché

sconfina in una giurisdizione di tipo oggettivo, ma perché comporta una grave limitazione delle garanzie giurisdizionali.

Difatti, la Costituzione non vieta totalmente modelli processuali di diritto oggettivo, in quanto se, da un lato, impone che il processo amministrativo debba tutelare le situazioni giuridiche soggettive e, dunque, abbia le caratteristiche di una giurisdizione soggettiva, dall'altro, non esclude che nel processo si tuteli anche l'interesse pubblico. Ciò che vieta è che la tutela del detto interesse possa compromettere quella accordata alle situazioni giuridiche soggettive fatte valere in giudizio.

Ebbene, se “può dubitarsi della costituzionalità di una legge che non assicuri la tutela delle situazioni giuridiche soggettive, ma non di una legge che, senza negare tale tutela, utilizzi il processo amministrativo per la salvaguardia dell'interesse pubblico”¹¹⁶⁴ è legittimo avanzare dubbi riguardo al rito “super-speciale” e alle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 50 del 2016 al processo appalti, soprattutto in tema di tutela cautelare, perché per assicurare l'interesse pubblico alla sollecita esecuzione dell'appalto negano o comunque limitano fortemente la tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive.

Dunque, alla luce delle suesposte considerazioni appare lecito porsi la seguente domanda: siamo sicuri che la strada da percorrere per la ripresa dell'economia sia la deflazione del contenzioso attraverso la limitazione della tutela giurisdizionale e del sindacato del g.a. sulle gare pubbliche? A ciò si aggiunga che appare difficile pensare che si voglia favorire la ripresa dell'economia scoraggiando l'accesso alla giustizia alle p.m.i. attraverso l'imposizione di un ingente contributo unificato¹¹⁶⁵.

Invero, si potrebbe raggiungere l'obiettivo di deflazionare il contenzioso risolvendo il problema a monte, vale a dire semplificando a livello sostanziale un apparato normativo farraginoso e lacunoso. Difatti, non possono traslarsi sul processo e addebitare al g.a. insufficienze che derivano dalla disciplina sostanziale. Non si può costringere il giudice ad effettuare un bilanciamento dei vari interessi in gioco sulla base di parametri legislativi fumosi, di redigere sentenze in forma semplificata in tempi strettissimi ed ipomotivate e poi attribuirgli la paternità del *deficit* in termini

¹¹⁶⁴ E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, op. cit., 1139.

¹¹⁶⁵ Come autorevolmente sostenuto da F.G. SCOCA, *Il “costo” del processo tra misura di efficienza e ostacolo all'accesso*, op. cit., 1432, se oggi la parola d'ordine è la necessità di deflazionare il contenzioso, “non può non considerarsi che il costo complessivo del processo viene concepito ed utilizzato allo scopo di scoraggiare il ricorso al giudice amministrativo; pertanto non è fuori luogo ipotizzare che esso costituisca un reale ostacolo all'accesso alla giustizia”. A ciò si aggiunga che “la particolare severità dei costi economici, necessari ed eventuali, previsti per le controversie in materia di appalti pubblici si spiegano solo come misure di politica giudiziaria, in quanto dirette, insieme alla riduzione dei termini per ricorrere e alla speciale disposizione sulla sinteticità degli atti processuali, a rendere più gravoso chiedere al giudice amministrativo di verificare la legittimità dei provvedimenti di aggiudicazione degli appalti”.

di effettività ed efficienza del nostro sistema¹¹⁶⁶. Se non si elimina l'incertezza delle regole si demanderà sempre alla dottrina e alla giurisprudenza l'arduo compito di ricondurre a sistema le numerose e non chiare leggi che si avvicendano nel corso degli anni¹¹⁶⁷. È questa la strada da percorrere per il rilancio dell'economia e la deflazione del contenzioso e non sicuramente quella di creare un modello processuale con tratti spiccatamente oggettivi con regole autonome ed "eccentriche", in contrasto con la *ratio* del Codice del processo amministrativo che voleva realizzare un unico modello di tutela dinanzi al giudice amministrativo; che fa prevalere la celerità sull'effettività della tutela; e che mina alle basi il diritto fondamentale di accesso alla giustizia e il ruolo costituzionale del g.a. quale garante della tutela del cittadino avverso gli atti della pubblica amministrazione, che rappresentano l'essenza dello Stato di diritto.

In tal modo, si annullano gli sforzi compiuti per ampliare le tecniche di tutela dell'interesse legittimo, soprattutto di natura pretensiva, in ossequio al principio di effettività della tutela giurisdizionale di matrice costituzionale e comunitaria, quale articolazione del giusto processo amministrativo.

Bisogna tendere ad una giustizia celere, ma giusta. Il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale è diritto inviolabile e non può essere limitato o addirittura obliterato, in quanto strumentale al riconoscimento di altri diritti fondamentali. Può entrare in conflitto dialettico con altri corollari del giusto processo, quale la ragionevole durata, e il legislatore *in primis* dovrebbe stabilire disposizioni che operino un giusto bilanciamento tra le due esigenze, talvolta, contrapposte. Tuttavia, come chiarito, la celerità a cui si fa riferimento non corrisponde *sic et simpliciter* alla garanzia della ragionevole durata del processo, ma cela precise scelte di politica giudiziaria che strumentalizzano il processo per scopi a sé estranei, comportando una limitazione del diritto di azione e di difesa per favorire le esigenze economiche.

Posto che il rapporto tra giurisdizione ed economia si fa sempre più insistente, il giudice amministrativo non deve diventare il "giudice dell'economia" non più soggetto alla legge, ma alle mutevoli ed incerte dinamiche del mercato. Il g.a. è il giudice degli interessi legittimi, e in alcune materie dei diritti soggettivi, deputato a garantire al ricorrente una tutela piena ed effettiva avverso

¹¹⁶⁶ Tali problematiche sono affrontate a livello generale e in maniera approfondita da M.A. SANDULLI, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il processo*, 2018, 45 ss.

¹¹⁶⁷ Difatti, P.M. VIPIANA, *Il recepimento delle direttive come occasione per la riforma della normativa italiana in tema di appalti pubblici e concessioni*, Relazione al Convegno "Le direttive UE del 2014 in tema di appalti pubblici e concessioni", 23 marzo 2015, Alessandria, in *Polis Working Papers*, n. 221, July 2015, 5 ss., individua tra i fattori di criticità dell'attuale "panorama normativo italiano in tema di appalti pubblici e concessioni" proprio la "complessità, la scarsa chiarezza e, in taluni casi, la lacunosità" della normativa in esame. Ed è su un siffatto panorama normativo che si innesta la disciplina delle tre direttive del 2014. La normativa in materia "è caratterizzata in Italia da una formazione alluvionale", che è proseguita anche dopo l'introduzione delle menzionate direttive. A parere dell'Autrice altri profili di criticità sono riscontrabili nell'aumento del contenzioso, nonché dell'importo del contributo unificato, che costituisce un grave ostacolo all'accesso alla giustizia. Per quest'ultimo profilo cfr. la nota precedente.

gli atti della p.a. affinché, da un lato, il cittadino possa esperire tutte le tipologie di azioni tese ad ottenere “tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire”¹¹⁶⁸ sul piano del diritto sostanziale e, di converso, il g.a. sia dotato di tutti i poteri cognitori, decisorii, istruttori e cautelari, idonei a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa¹¹⁶⁹.

In definitiva, appare paradossale ravvisare proprio nel rito in materia di appalti pubblici, che ha funzionato da “rito-pilota”¹¹⁷⁰ per l’estensione agli altri rami del processo amministrativo delle innovazioni più importanti nell’ottica dell’ampliamento delle tecniche di tutela dell’interesse legittimo e ove il “cambio di paradigma”¹¹⁷¹ del giudizio amministrativo da processo sull’atto a processo sul rapporto è stato più evidente, si introducano strumenti che deflazionano il contenzioso incidendo pesantemente sul diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale.

Ma vi è di più. Le innovazioni in materia arrecano un *vulnus* non solo al principio di effettività della tutela garantito a tutti i livelli¹¹⁷², ma spezzano il sogno di creare un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici, attraverso la predisposizione in tutti gli Stati membri di rimedi uniformi realmente rapidi ed efficaci che consentano di raggiungere l’effetto utile della direttiva ricorsi, quale la garanzia dell’effettività della tutela giurisdizionale e l’apertura del mercato degli appalti pubblici a tutte le imprese comunitarie in condizioni di parità e trasparenza. L’auspicio è che le giurisdizioni superiori adite, o perlomeno il legislatore italiano, mostrino “la giusta sensibilità verso la tutela del diritto fondamentale alla giustizia”¹¹⁷³.

¹¹⁶⁸ Cfr. G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1912, 81. Si riporta per esteso la frase esatta del noto principio chiovendiano “*il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire*”.

¹¹⁶⁹ L’art. 44 della legge delega n. 69 del 2009, contenente la delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo, al comma 2 individua i principi e criteri direttivi che il legislatore delegato deve seguire. Alla lettera b) impone al Governo di “disciplinare le azioni e le funzioni del giudice” e al n. 4) specifica “prevedendo pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa”. Per maggiori dettagli sul punto cfr. E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, op. cit., 179 ss.

¹¹⁷⁰ M.A. SANDULLI, *Le principali novità nel rito speciale in materia di appalti pubblici*, op. cit.

¹¹⁷¹ L’espressione è mutuata da E. GARCIA DE ENTERRIA, *Las transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. Un cambio de paradigma?*, Madrid, 2008, 125 ss. Il celebre giurista spagnolo, che ha studiato le trasformazioni della giustizia amministrativa in Europa, ha sottolineato che il “cambio di paradigma” si verifica nel momento esatto in cui il ricorso giurisdizionale cessa di essere uno strumento in difesa della legittimità violata per trasformarsi in un rimedio teso a domandare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva. Secondo l’Autore la rottura del vecchio modello processuale di carattere oggettivo e la soggettivizzazione della giustizia amministrativa sono risultati possibili grazie alla proclamazione a livello europeo del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva come diritto fondamentale.

¹¹⁷² A livello costituzionale (artt. 24 e 113 Cost.); comunitario (le direttive ricorsi e art. 47 della Carta di Nizza); internazionale (artt. 6 e 13 CEDU) e di legislazione ordinaria (art. 1 c.p.a.).

¹¹⁷³ E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., 906.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAMONTE G., *La prova nel processo amministrativo*, in *Riv. amm.*, 1985, 679 ss.;
- ABBAMONTE G., *Sulla risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi: diritto interno e fonti comunitarie*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, 1992, 3 ss.;
- ABBRUZZESE M., *Il nuovo rito appalti e l'effettività della tutela giurisdizionale*, Relazione presentata al VII Convegno di Studi Amministrativi "Il nuovo Codice dei Contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016): profili sostanziali e processuali", Chieti, 31 marzo 2017;
- ACONE M., *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: dalla direttiva Cee 89/665 alla legge «comunitaria» per il 1991*, in *Foro it.*, 1992, 321 ss.;
- ADINOLFI A., *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni giuridiche soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Dir. un. eur.*, 2001, 41 ss.;
- ALESSI R., *Interesse sostanziale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa*, in *Arch. giur.*, CXXX, 1943, 132 ss.;
- ALLENNA M., *Interessi procedimentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: verso un'autonomia di tutela? (Commento a Consiglio di Stato, sez. IV, ordinanze 2 ottobre 2014, n. 4491 e 4492)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 67 e ss.
- ALLORIO E., *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 1;
- AMADEO S., *L'efficacia «obiettiva» delle direttive comunitarie ed i suoi riflessi nei confronti dei privati. Riflessioni a margine delle sentenze Linster e Unilever*, in *Dir. un. eur.*, 2001, 95 ss.;
- ARDANESE C., *La direttiva "ricorsi" 2007/66/CE. Rilevanza sul regime giuridico del contratto*, in www.giustamm.it;
- ASTONE F., *I contratti pubblici fra ordinamento europeo e diritto interno*, in www.giustamm.it;
- ASTONE F., *Il diritto europeo dei contratti pubblici e la sua trasposizione nell'ordinamento interno*, Roma, 2010;
- AULETTA A., *Giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: una partita chiusa?*, in www.giustamm.it;
- AZZENA A., *Interesse a ricorrere e obbligo di impugnativa dei provvedimenti in itinere*, in *Foro. amm.*, 1961, 1064 ss.;
- BACCARINI S., *La comunicazione del provvedimento amministrativo fra prassi e nuove garanzie*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 15 ss.;
- BACCARINI S., *Processo amministrativo e ordine di esame delle questioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 770 ss.;
- BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966;

BARBIERI E.M., *Annullamento della gara pubblica ed annullamento del contratto: un problema di giurisdizione*, in *Riv. trim. app.*, 2001, 721 ss.;

BARBIERI E.M., *Il danno patrimoniale da provvedimento illegittimo fra prescrizione e decadenza*, in *Nuovo notiziario giur.*, 464 ss.;

BARBIERI E.M., *Il processo amministrativo in materia di appalti e la direttiva comunitaria 11 dicembre 2007, n. 66/CE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 493 ss.;

BARBIERI E.M., *La tutela cautelare ed i grandi appalti*, in *Riv. trim. app.*, 2002, 851 ss.;

BARMANN B., *Sul ricorso cumulativo nel nuovo rito in materia di appalti*, in *Foro amm.*, 2016, 203 ss.;

BARTOLINI A., FANTINI S., FIGORILLI F., *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, in *Urb. e app.*, 2010, 638 ss.;

BARTOLINI A., FANTINI S., *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urb. e app.*, 2008, 1093 ss.;

BARTOLINI A., *Il rito speciale per i «settori sensibili»*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, a cura di B. SASSANI – R. VILLATA, Torino, 2001, 185;

BARTOLINI A., *Una decisione poco europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 932 ss.,

BASSI N., *L'inefficacia del contratto di appalto fra obblighi europei e legislazione nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 729 ss.;

BENETAZZO C., *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica da rimedio amministrativo a strumento "alternativo" al ricorso giurisdizionale*, in www.giustamm.it;

BENETAZZO C., *L'inefficacia del contratto tra disciplina comunitaria e rimedi interni*, in *I contratti pubblici di servizi, lavori e forniture*, a cura di R. VILLATA – M. BERTOLISSI – V. DOMENICHELLI – G. SALA, Padova, 2014, 2127 ss.;

BENETAZZO C., *Ricorso incidentale, ordine di esame delle questioni e principio di effettività*, Torino, 2016;

BENVENUTI F., *Autotutela (Dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959;

BENVENUTI F., *Istruzione del processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 204 ss.;

BENVENUTI F., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1973, 807 ss.;

BENVENUTI F., *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, 223 ss.;

BERGONZINI G., *Art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007, 258;

BERTI G., *Commento art. 113*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1987;

BERTI SUMAN A., *L'immediata impugnazione delle clausole del bando di gara e il ruolo dell'interesse strumentale nel (nuovo) contenzioso appalti. A margine della Adunanza Plenaria n. 4/2018*, in www.sipotra.it, 2018, 1 ss.;

BERTOLDINI A., *I riti immediati ed abbreviati previsti dalla legge 21 luglio 2000, n. 205: la mediazione giurisprudenziale tra certezza ed effettività di tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1288 ss.;

BERTONAZZI L., *Limiti applicativi del nuovo giudizio di cui all'art. 120, comma 2-bis, C.P.A. e sua compatibilità con la tutela cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 710 ss.;

BERTONAZZI L., *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminatorio?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1128;

BOSCIA C., *Focus sulla sentenza della Corte costituzionale n. 94 del 2017*, in www.giustamm.it;

BOSCOLO E., *Il rito superspeciale sulle esclusioni e ammissioni dei concorrenti*, in *Giur. it.*, 2017, 175 ss.;

BOTTO A., *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto*, in *I settori speciali nel codice dei contratti pubblici*, a cura di C. FRANCHINI - F. TITOMANLIO, Torino, 2010, 10;

BRIANI R., *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo. Una lettura alla luce dell'art. 111 della Costituzione*, Milano, 2013, 105 ss.;

BUONAURO C., *Tutela cautelare e semplificazione del rito*, Relazione presentata al Convegno su "Politiche immigratorie e diritti fondamentali", Ariano Irpino, 6 maggio 2017;

CAFAGNO M., *Lo Stato banditore*, Milano, 2001;

CAIANIELLO V., *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Foro amm.*, 1980, 858 ss.;

CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994;

CAIFFA A., *I ricorsi giurisdizionali*, in *I nuovi appalti pubblici*, a cura di M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI, Milano, 2017, 731 ss.;

CALAMANDREI P., *Processo e giustizia*, in *Opere giuridiche*, a cura di M. CAPPELLETTI, vol. I, Napoli, 1965, 564.;

CALDERONI G., *Rito speciale per le opere pubbliche e "giusto processo" amministrativo*, in *Riv. trim. app.*, 1999, 716 ss.

CANCIO R.C., *Incidencia en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los nuevos procedimientos previstos en el texto refundido de la ley de contratos del sector público, en la ley de garantía de la unidad de mercado y en la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, in *Revista jurídica de Castilla y León*, 2015, 1 ss.;

CANNADA BARTOLI E., *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)*, in *Nuovissimo dig. It.*, XIII, Torino, 1966, 1077 ss.;

CANO CAMPOS T., *La legitimación especial en el contencioso-administrativo de la contratación*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, 2014, 1 ss.;

CAPONI R., “*Tempus regit actum*” ovvero autonomia e certezza del diritto processuale civile, in *Giur. it.*, 2007, 689 ss.;

CAPONIGRO R., *Annullamento dell’aggiudicazione ed effetti sul contratto*, in *Foro amm.- C.d.s.*, 2009, 2341 ss.;

CAPONIGRO R., *Il potere amministrativo di autotutela*, Relazione svolta al Convegno su “*Il ‘codice’ dell’azione amministrativa alla luce della l. 124 del 2015 e della sua (prima) attuazione*”, 12 giugno 2017, Roma;

CAPONIGRO R., *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell’impugnazione degli atti di gara*, in www.giustamm.it;

CAPONIGRO R., *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it;

CAPONIGRO R., *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi*, in www.giustizia-amministrativa.it;

CAPUTO O. M., *Dubbi di legittimità costituzionale sull’art. 19, D.L. 25 marzo 1997, n. 67*, in *Foro amm.*, 1998, 802 ss.;

CAPUTO O. M., *Effettività di tutela e risarcimento del danno nei contratti della P.A.*, in *Urb. e app.*, 2016, 265 ss.;

CARANTA R., *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per violazioni del diritto comunitario*, nota a Corte CE, Seduta plenaria, 13 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, in *Giur. it.*, 1992, 1184;

CARBONE A., *Commento all’art. 124 c.p.a.*, in *Codice della Giustizia Amministrativa*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2015, 1198 ss.;

CARBONE A., *L’accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici. Sull’art. 120, co. 2 bis, c.p.a. e ancora sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente*, in www.giustamm.it;

CARBONE A., *L’azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, 225 ss.;

CARBONE A., *L’azione di condanna ad un facere. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 175 ss.;

CARBONE A., *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 423 ss.;

CARBONE V., *La risarcibilità della lesione di interessi legittimi*, in *Corr. giur.*, 1994, 579 ss.;

CARDARELLI F., *Commento a Cass., SS.UU., ord. n. 2906 del 10 febbraio 2010*, in www.giustamm.it;

CARDARELLI F., *Commento a Cass., SS.UU., ord. n. 2906 del 10 febbraio 2010*, in *Urb. e app.*, 2010, 435 ss.

CARINGELLA F. - PROTTO M., *Codice del nuovo processo amministrativo*, in “*Codici d’Autore*”, Collana diretta da C.M. BIANCA - A. CATRICALÀ - E. MANTOVANI, Roma, 2010, 387 ss.;

CARINGELLA F., *Il risarcimento del danno ingiusto nella giurisdizione esclusiva del G.A.*, in *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, a cura di F. CARINGELLA, G. DE MARZO, F. DELLA VALLE, R. GAROFOLI, Milano, 2000;

CARINGELLA F., *Il secondo correttivo processuale battezza l’azione di esatto adempimento*, in *Il nuovo dir. amm.*, 2012, 11 ss.;

CARINGELLA F., *L’annullamento a geometrie variabili nella più recente giurisprudenza amministrativa*, in *Giur. it.*, 2012, 2177 ss.;

CARINGELLA F., *La giurisdizione esclusiva del G.A. in materia di appalti pubblici dopo la legge 205/2000*, in *Urb. e app.*, 2001, 68 ss.;

CARIOLA A., *Il giudice amministrativo e la prova: una provocazione a tesi su processo e politica*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 1 ss.;

CARPENTIERI P., *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 664 ss.;

CARPENTIERI P., *Sull’irriducibilità del processo amministrativo al processo civile (nota a Corte cost. n. 94 del 4 maggio 2017)*, in www.giustamm.it;

CARUSO B., CAUDULLO G., SCALAMBRIERI G., *Gli appalti pubblici dopo il recepimento della Direttiva Ricorsi. D.lgs. 20 marzo 2010, n. 53. Come migliora l’efficacia delle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici: le nuove forme di tutela sostanziale e processuale*, Roma, 2010, 9 ss.;

CASSETTA E., *Sanzioni amministrative*, in *Dig. pubbl.*, XII, Torino, 1997, 599;

CASSARINO S., *Le situazioni giuridiche e l’oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, 84 ss.;

CAVALLO PERIN R. – RACCA G.M., *La concorrenza nell’esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss.;

CEGLIO F., *La piena conoscenza e la decorrenza del termine per la proposizione del ricorso*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 497 ss.;

CERBO P., *L’azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1 ss.;

CERBO P., *Le sanzioni alternative nell'attuazione della direttiva ricorsi (e nel codice del processo amministrativo)*, in *Urb. e App.*, 2010, 881;

CERBO P., *Le sanzioni amministrative*, in *Trattato di diritto amministrativo*, I, Milano, 2003, 589;

CERRETO A., *Sul potere del giudice amministrativo di stabilire l'ordine di decisione dei motivi e delle domande nel giudizio davanti al Tar (osservazioni alla sentenza del Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5)*, in www.lexitalia.it;

CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 436 ss.;

CERULLI IRELLI V., *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 1195 ss.;

CERULLI IRELLI V., *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 341 ss.;

CERULLI IRELLI V., *Osservazioni sulla bozza del decreto legislativo attuativo della delega di cui all'art. 44 l. n. 88/09 (presentate alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, l'11.2.2010)*, in www.giustamm.it;

CHIEPPA R., *Il codice del processo amministrativo, commento a tutte le novità del giudizio amministrativo (D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)*, Milano, 2010, 543 ss.;

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935;

CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1912;

CHITI M., *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 503 ss.;

CHITI M., *La tutela cautelare ante causam e la progressiva comunitarizzazione del processo amministrativo: alcune riflessioni critiche*, in *Foro amm. - Tar*, 2004, 57 ss.;

CHITI M.P., *Le misteriose sanzioni alternative nella direttiva ricorsi appalti ed i limiti dell'ingerenza dell'Unione europea nel diritto processuale*, in *Il sistema di giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, a cura di G. GRECO, Milano, 2010, 78;

CHITI M.P., *Le modifiche al Codice dei contratti pubblici: un "correttivo scorretto"?*, in *Gior. dir. amm.*, 2017, 453 ss.;

CIMINI S., *Il rito accelerato in materia di contratti pubblici*, in www.giustamm.it;

CINTIOLI F., *Annullamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, in www.giustizia-amministrativa.it;

CINTIOLI F., *In difesa del processo di parti (Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul "nuovo" processo amministrativo sui contratti pubblici)*, in www.giustamm.it;

CINTIOLI F., *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 3 ss.;

CINTIOLI F., *Le Sezioni unite rivendicano a sè il contratto, ma non bloccano il giudizio di ottemperanza*, in www.giustamm.it;

CINTIOLI F., *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere alle autorità indipendenti*, in www.federalismi.it, 2012;

CINTIOLI F., *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino, 2007;

CIOFFI A., *Interesse generale e legittimazione oggettiva*, in *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzarolli*, a cura di F. FRANCIOSI – M.A. SANDULLI, Napoli, 2017, 289 ss.;

CIVITARESE MATTEUCCI S. - GARDINI G., *Il primato del diritto comunitario e l’autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1 ss.;

CLARICH M. – ROSSI SANCHINI M., *Verso il tramonto della tipicità delle azioni nel processo amministrativo*, in www.neldiritto.it;

CLARICH M., *Commento all’art. 29 del Codice del processo amministrativo “Azione di annullamento”*, in www.giustizia-amministrativa.it;

CLARICH M., *Contratti pubblici e concorrenza*, Relazione al 61° Convegno di studi amministrativi su *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto all corruzione*, Varenna 17-19 settembre 2015, in www.giustizia-amministrativa.it;

CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 1 ss.;

CLARICH M., *I poteri di impugnativa dell’Agcm ai sensi del nuovo art. 21 bis. L. 287/90*, Relazione al Convegno organizzato dall’AGCM, 27 marzo 2013, Roma;

CLARICH M., *L’azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive ed orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 66 ss.;

CLARICH M., *La giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2000, 1773;

CLARICH M., *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it;

CLARICH M., *Le azioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1121 ss.;

CLARICH M., *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557 ss.;

CLEMENTE DI SAN LUCA G., *La tutela dell’interesse legittimo dopo la sentenza Cass. SS. UU. 500/1999 e la legge 205/2000*, in *La tutela dell’interesse legittimo alla luce della nuova disciplina del processo amministrativo*, a cura di G. CLEMENTE DI SAN LUCA, Torino, 2002, 39 ss.;

CLEMENTE DI SAN LUCA G., *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato*, Napoli, 2012;

CLEMENTE DI SAN LUCA G., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Napoli, 2017;

CLEMENTE DI SAN LUCA G., *Verificazione e consulenza tecnica d'ufficio nel quadro dei mezzi di prova esperibili nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2018, 761 ss.;

COCCHI L., *Prime osservazioni sul nuovo rito appalti*, in www.giustizia-amministrativa.it;

COGLITORE R., *Il modello di immediata contestabilità delle ammissioni tra esigenze antiformalistiche e profili di illegittimità costituzionale*, in www.diritto24.ilsole24ore.com;

COLAPINTO M., *Il nuovo codice degli appalti tra conferme e novità: le modifiche processuali*, in www.italiappalti.it;

COMMANDATORE C., *La piena tutela dell'interesse legittimo pretensivo, dopo l'azione di annullamento, l'azione di adempimento*, in *Urb. e app.*, 2017, 655 ss.;

COMOGLIO L.P., *Rapporti civili. Art. 24*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA – A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1981, 10 ss.;

COMOGLIO L.P., *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1509 ss.;

COMPORTE G.D., *Azione di annullamento e dintorni nell'ottica della soggettività delle forme di tutela*, in *Giur. it.*, 2015, 1693 ss.;

COMPORTE G.D., *Il giudice amministrativo alla prova delle dinamiche di mercato nelle gare pubbliche*, in *Giur. it.*, 2016, 2479 ss.;

COMPORTE G.D., *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011, 1 ss.;

COMPORTE G.D., *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*, in *Giur. it.*, 2012, 194 ss.;

CONTESSA C., *Commento all'art. 204*, in *Codice degli appalti e delle concessioni. Il Dlgs 50/2016 commentato articolo per articolo*, a cura di C. CONTESSA – D. CROCCO, Roma, 2016, 632 ss.;

CONTESSA C., *Le forme di tutela nel nuovo Codice*, in *Gion. dir. amm.*, 2016, 515 ss.;

CONTESSA C., *Rilievo dell'incompetenza e regolamento preventivo di competenza nel nuovo Codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it;

CONZUTTI M., *Il rito speciale ex 119 e 120 cpa, applicabile anche alle concessioni*, in www.italiappalti.it;

CORAGGIO G., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in www.giustizia-amministrativa.it;

CORAGGIO G., *Effettività del giudicato e invalidità del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 776 ss.;

CORAGGIO G., *La disciplina del contenzioso nel Codice degli appalti*, in *Foro amm. – Tar*, 2007, 1210 ss.;

CORASANITI M., *Il sistema cautelare nel giudizio amministrativo quale strumento rapido di tutela in attuazione del principio di effettività*, in *www.contabilità-pubblica.it*, 2016, 13 ss.;

CORLETTI D., *Vizi «formali» e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 7;

CORSO G., *Commento all'art. 32*, in *Il processo amministrativo*, a cura di A. QUARANTA – V. LOPILATO, Milano, 2011, 325 ss.;

CORSO G., *Tutela della concorrenza*, in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, parte speciale, I, a cura di G. CORSO – V. LOPILATO, Milano, 2006, 4-5;

CORTESE F., *L'adunanza plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 962 ss.;

COSSU L., *Osservazioni a prima lettura sulla l 21 luglio 2000 n. 205 (Disposizioni in materia di giustizia amministrativa)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*;

CRESTA S., *Commento all'art. 124 c.p.a.*, in *Codice del nuovo processo amministrativo*, a cura di F. CARINGELLA - M. PROTTO, Roma, 2010, 1156 ss.;

CRISCENTI C., *Il futuro del passato interesse a ricorrere*, Intervento alla Tavola Rotonda sul tema “Presente e futuro della giustizia amministrativa”, tenutasi all'Università degli Studi “Magna Grecia”, Cosenza, 27 ottobre 2005;

CUMIN G., *Annulamento dell'aggiudicazione definitiva e sorte del contratto*, in *Urb. e app.*, 2016, 45 ss.;

CUMIN G., *Rito “superaccelerato”, esecuzione anticipata e frammentazione dell'interesse a ricorrere*, in *Urb. e app.*, 2017, 642 ss.;

D'ALBERTI M., *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 297 ss.;

D'ALESSANDRO N., *Il rito super speciale in materia di appalti*, in *www.LexItalia.it*;

D'ALESSIO F., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, II, Torino, 1934, 385 ss.;

D'ANCONA S., *Riflessioni sul rapporto tra ricorso principale e incidentale alla luce della direttiva ricorsi*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2013, 37 ss.;

D'ANGELO G., *Direttiva n. 2007/66/Ce e giurisdizione nelle controversie sui contratti pubblici*, in *Corr. giur.*, 2010, 747;

D'EVOLI L., *Il tempo e il processo amministrativo: il caso del rito speciale dell'appalto di opere pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 240 ss.;

D'ORSOGNA M., *Articolo 21 octies, comma 1*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di N. PAOLANTONIO - A. POLICE - A. ZITO, Torino, 2006, 605 ss.;

D'OTTAVI F., *Il contenzioso in materia di gare per gli appalti di opere pubbliche alla luce della normativa comunitaria*, in *Foro amm.*, 1992, 2444 ss.;

DAIDONE A., *L'effettività della tutela giurisdizionale e la misura del contributo unificato nella materia dei contratti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pub. com.*, 2014, 478 ss.;

DALFINO D., *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 907 ss.;

DAMONTE R., *La competenza dei Tribunali amministrativi regionali*, in *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2013, 33 ss.;

DANIELE L., *Diritto dell'Unione europea e processo amministrativo italiano: note introduttive*, in *L'impatto del diritto dell'Unione europea sul processo amministrativo*, a cura di C. SCHEPISI, Napoli, 2013, 1 ss.;

DANIELE L., *Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, in *Dir. un. eur.*, 2001, 61 ss.;

DE BERARDINIS P., *Rito ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a. e ricorso incidentale*, Intervento al Convegno su "L'art. 120, comma 2 bis, c.p.a.: luci ed ombre, verso una possibile riforma", Venezia, 9 novembre 2018, e in www.giustizia-amministrativa.it;

DE FRANCHIS F., *Dizionario Giuridico Italiano-Inglese*, II, Milano, 1996, 898;

DE GIORGI CEZZI G., *Interessi sostanziali, parti e giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 401 ss.;

DE LISE P., *Comunicazione del Presidente del CdS sulla sinteticità dei ricorsi*, in www.giustizia-amministrativa.it;

DE NICTOLIS R., *Codice del processo amministrativo commentato. Aggiornato con il D.L. 31 agosto 2016, n. 168, convertito in L. 25 ottobre 2016, n. 197 e con il D.L. 17 febbraio 2017, n. 13*, Milano, 2017, 1943 ss.;

DE NICTOLIS R., *Codice del processo amministrativo*, Milano, 2012, 2293 ss.;

DE NICTOLIS R., *I poteri dell'Anac dopo il correttivo*, in www.giustizia-amministrativa.it;

DE NICTOLIS R., *I riti speciali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1151 ss.;

DE NICTOLIS R., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, 503 ss.;

DE NICTOLIS R., *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici: alla luce del codice dei contratti pubblici*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, a cura di F. CARINGELLA - G. DE MARZO, Milano, 2007, 440 ss.;

DE NICTOLIS R., *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it;

DE NICTOLIS R., *Il riparto di giurisdizione*, in *Trattato di giustizia amministrativa*, a cura di F. CARINGELLA – R. GAROFOLI, Milano, 2008, 553 ss.;

DE NICTOLIS R., *Il rito abbreviato comune a determinate materie nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it;

DE NICTOLIS R., *Il rito degli appalti pubblici dopo il D.L. 90/2014*, in www.giustizia-amministrativa.it;

DE NICTOLIS R., *Il rito in materia di opere pubbliche dalla legge Merloni all'art. 19 d.l. 67/97*, in *Urb. e app.*, 1999, 1173 ss.;

DE NICTOLIS R., *La sinteticità degli atti di parte e del giudice nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it;

DE NICTOLIS R., *La tutela del diritto di difesa nei giudizi in materia di opere pubbliche al di là del dimezzamento dei termini processuali*, in *Urb. e app.*, 1999, 1281 ss.;

DE PAOLIS S., *Le condizioni dell'azione davanti al giudice amministrativo*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2013, 323 ss.;

DE PIERO R., *l'art. 14, del D. Legisl. 20 agosto 2002, n. 190: innovazioni processuali nel rito degli appalti*, in *Riv. giur. ed.*, 2003, 151 ss.;

DELLA VALLE F., *Il rito abbreviato degli appalti supera il vaglio di costituzionalità*, in *Urb. e app.*, 1999, 1293 ss.;

DIDONNA M., *Decreto sinteticità: cambiano i criteri di redazione e i limiti dimensionali degli atti nel processo amministrativo*, in www.quotidianogiuridico.it;

DIDONNA M., *Il subentro nel contratto di appalto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione*, in *Urb. e app.*, 2010, 588 ss.;

DÍEZ SASTRE S., *El recurso especial en materia de contratación pública*, in *Anuario de Derecho Municipal*, 2011, 127 ss.;

DIPACE R., *L'annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1358 ss.;

DOMENICHELLI V., *Le azioni nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.ius-publicum.com;

DUGATO M., *L'istruttoria*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2013, 181 ss.;

DURET P., *La legittimazione ex lege nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 40 ss.;

DURET P., *Partecipazione procedimentale e legittimazione a ricorrere*, Torino, 1996;

ELEFANTE F., *Artt. 11-12*, in *Codice dell'appalto pubblico*, a cura di S. BACCARINI – G. CHINÈ – R. PROIETTI, Milano, 2011, 177;

ESPOSITO M., *Disciplina degli appalti pubblici e legittimazione a ricorrere a tutela della concorrenza*, in www.giustamm.it;

F. MERUSI, *In viaggio con Laband*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 658;

FABRI A., *Giurisdizione esclusiva: i modelli processuali*, Torino, 2002;

FABRI A., *La giurisdizione esclusiva dopo il codice del processo amministrativo*, in *Dir e proc. amm.*, 2016, 1211 ss.;

FABRI A., *La ragionevolezza del termine di decadenza per la proposizione della domanda risarcitoria*, in www.giustamm.it;

FANTI V., *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012;

FANTI V., *Organi di governance (artt. 212-215)*, in *Corso sul Codice dei contratti pubblici (aggiornato con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56)*, a cura di E. FOLLIERI, Napoli, 2017, 47 ss.;

FANTI V., *Tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse legittimo innanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo*, Milano, 2006;

FAVARA D., *Il rito super-accelerato in materia di appalti è compatibile alla normativa europea?*, in www.ildirittoamministrativo.it;

FERRARA L., *La partecipazione tra 'illegittimità' e 'illegalità'. Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 105 ss.;

FERRARA R., *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 471 ss.;

FERRARI G., *Commento all'art. 121*, in *Codice del processo amministrativo*, a cura di R. GAROFOLI – G. FERRARI, Roma, 2012, 1884 ss.;

FERRARI G., *Il nuovo rito appalti*, in *Il Libro dell'Anno del diritto 2017*, www.treccani.it;

FERRARI G., *L'annullamento del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico e la sorte del contratto già stipulato nella disciplina dettata dal nuovo c.p.a.*, in *Giur. merito*, 2011, 919 ss.;

FERRI P.G., *La tutela risarcitoria del diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 1261 ss.;

FERRO G.A., *Diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e "costi" di accesso alla giustizia nel dialogo tra giudice nazionale e corte di giustizia della unione europea*, in *Riv. della Cooperazione Int.*, 2017, 36 ss.;

FIGORILLI F., *I motivi aggiunti*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo – Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, a cura di B. BASSANI - R. VILLATA, Milano, 2004, 183 ss.;

FIMIANI P., *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto di appalto: un rapporto complesso* (Nota a Cass. sez. I civ. 15 aprile 2008, n. 9906), in *Giust. civ.*, 2008, 1642;

FOÀ S., *L'azione di annullamento nel Codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it;

FOLLIERI E., *Atto autoritativo e giurisdizione. Potere di trasformazione e potere di conservazione*, in *Annuario Aipda 2011*, Napoli, 2012, 40 ss.;

FOLLIERI E., *Conclusioni*, Relazione al Convegno di Studi su "Processo amministrativo ed effettività della tutela alla luce del Codice", Chieti, 27 aprile 2012;

FOLLIERI E., *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981, 131 ss.;

FOLLIERI E., *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1067 ss.;

FOLLIERI E., *I presupposti e le condizioni dell'azione*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, VI ed., Torino, 2014, 283 ss.;

FOLLIERI E., *I principi generali delle Direttive Comunitarie 2014/24/UE e 2014/25/UE*, in www.giustamm.it, 2015;

FOLLIERI E., *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 499 ss.;

FOLLIERI E., *Individuazione degli interessi protetti dell'ordine di trattazione dei motivi reciprocamente escludenti*, in *Giur. it.*, 2014, 2255;

FOLLIERI E., *Interessi legittimi e interessi procedimentali*, in *Il danno risarcibile per lesione di interessi legittimi*, Napoli, 2004;

FOLLIERI E., *L'adunanza plenaria del consiglio di Stato*, in *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, a cura di E. FOLLIERI – A. BARONE, San Giuliano Milanese (MI), 2015, 25 ss.;

FOLLIERI E., *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2005, 625 e ss.;

FOLLIERI E., *L'effettività della tutela innanzi al giudice amministrativo nei recenti arresti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016 e in *Atti del Convegno "Present-day Trends in the Development of National Legislation – A comparison between the Ukrainian and the Italian Systems"*, Kiev, 4-5 novembre 2016, 269 ss.;

FOLLIERI E., *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2012, 439 ss.;

FOLLIERI E., *La fase cautelare*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2014, 342 ss.;

FOLLIERI E., *La giurisprudenza muove i primi passi sull'irrogazione delle sanzioni alternative*, in *Giur. it.*, 2012, 1920 ss.;

FOLLIERI E., *La giustizia amministrativa nella costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 911 ss.;

FOLLIERI E., *La natura giuridica dell'articolato provvisorio denominato codice del processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 637 ss.;

FOLLIERI E., *La penalità di mora nell'azione amministrativa (art. 28 D.L. n. 69/2013)*, in *Resp. e prev.*, 2013, 1795 ss.;

FOLLIERI E., *La pianificazione territoriale e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 536;

FOLLIERI E., *La prospettiva amministrativistica sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Foro amm.- Tar*, 2004, 2757 ss.;

FOLLIERI E., *La tipologia delle azioni proponibili*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2014, 177 ss.;

FOLLIERI E., *La tutela nei contratti della pubblica amministrazione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 295 ss.;

FOLLIERI E., *La tutela risarcitoria degli interessi meramente procedurali e il riparto di giurisdizione, conseguente alla pregiudizialità dell'azione di annullamento affermata dal Consiglio di Stato*, in *La responsabilità civile della Pubblica amministrazione*, a cura di E. FOLLIERI, Milano, 2004, 240 ss.;

FOLLIERI E., *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in www.giustamm.it;

FOLLIERI E., *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, 873 ss.;

FOLLIERI E., *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2011, 1129 ss.;

FOLLIERI E., *Responsabilità della pubblica amministrazione e interesse procedimentale*, in *Il danno risarcibile*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2004;

FOLLIERI E., *Riflessioni su alcuni profili delle norme acceleratorie nel contenzioso sui lavori pubblici (art. 31 bis, commi 2 e 3, l. 2 giugno 1995, n. 216)*, in *Nuova rass.*, 1996, 1854 ss.;

FOLLIERI E., *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1981;

FOLLIERI E., *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 685 ss.;

FOLLIERI E., *L'effettività della tutela innanzi al giudice amministrativo nei recenti arresti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it;

FOLLIERI F., *Correttezza (richtigkeit) e legittimazione del diritto giurisprudenziale al tempo della vincolatività del precedente*, in *Dir. amm.*, 2014, 317 ss.;

FOLLIERI F., *Qualificazione e conversione dell'azione alla prova del principio della domanda*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 177 ss.;

FOLLIERI F., *Un ripensamento dell'ordine di esame dei ricorsi principale ed incidentale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1151 ss.;

FOLLIERI E., *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva del processo amministrativo di annullamento*, in *Giur. it.*, 2015, 2192 ss.;

FONDERICO G., *I poteri del giudice nel processo amministrativo sui contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 871 ss.;

FORLENZA O., *Uno speciale giudizio con termini stringenti e semplificazioni*, in *Guida dir. Dossier sugli appalti, ultimo appuntamento*, n. 29 del 9 luglio 2016, XXXII;

FORNACIARI M., *Ultimissime dal Consiglio di Stato: l'annullamento... che non annulla!*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1662 ss.;

FORTE F., *Contenzioso (art. 204) e rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale (artt. 205-211)*, in *Corso sul codice dei contratti pubblici (aggiornato con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56)*, a cura di E. FOLLIERI, Napoli, 2017, 703 ss.;

FORTE F., *La compatibilità del termine di decadenza per la proposizione dell'azione di annullamento con l'esercizio del diritto di azione e di difesa*, in *La giurisprudenza della Corte Costituzionale sul processo amministrativo*, a cura di E. FOLLIERI, Bari, 2018, 395 ss.;

FRACANZANI M., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto nel nuovo processo amministrativo: dall'onere di impugnazione alla pronuncia di inefficacia*, in www.giustizia-amministrativa.it;

FRACANZANI M.M., *Il rito abbreviato speciale comune a determinate materie e il rito abbreviato in materia di infrastrutture strategiche*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di G. PAOLO CIRILLO, Milano, 2017, 1201 ss.;

FRACANZANI M.M., *Il rito in materia di contratti pubblici*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di G. PAOLO CIRILLO, Milano, 2017, 1165 ss.;

FRACANZANI M.M., *La competenza per territorio, materia e grado del giudice amministrativo. Il regolamento di competenza*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di G. PAOLO CIRILLO, Milano, 2017, 215 ss.;

FRACCHIA F. – OCCHIENA M., *Articolo 21 octies, comma 2*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di N. PAOLANTONIO - A. POLICE - A. ZITO, Torino, 2006, 630 ss.;

FRACCHIA F., *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, in www.giustamm.it;

FRANCARIO F., *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, in www.lamministrativista.it;

FRANCARIO F., *Regolamento di competenza e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Napoli, 1990;

FRANCO I., *Il contenzioso in materia di gare per gli appalti pubblici di lavori e forniture alla luce della normativa comunitaria*, in *Foro amm.- Tar*, 1993, 1427 ss.;

FRANCONIERO F., *Entra in scena il processo amministrativo super accelerato: commento all'art. 204 del nuovo Codice dei contratti pubblici (D. lgs. N. 50/2016)*, in www.italiappalti.it;

FRASCA F., *Ottemperanza ed appalti: il «perdurante» problema dell'ampiezza dei poteri del Giudice amministrativo sulla sorte del contratto*, in *Foro amm.- C.d.s.*, 2013, 2383 ss.;

FUSCO R., *Prove di compatibilità della disciplina impositiva sul contributo unificato in materia di contratti pubblici con i principi europei di effettività della tutela e di non discriminazione degli operatori economici*, in www.giustamm.it;

GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità (dir. amm.)*, in www.treccani.it;

GALLI D., *Il recepimento della direttiva ricorsi tra vecchi e nuovi problemi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 893 ss.;

GALLO C.E., *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 280;

GALLO C.E., *Le azioni ammissibili nel processo amministrativo ed il superamento della pregiudizialità anche per le controversie ante codice*, in *Urb. e app.*, 2011, 694 ss.;

GALLONE G., *Il rilievo giuridico dell'interesse strumentale*, in *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, a cura di E. FOLLIERI – A. BARONE, San Giuliano Milanese (MI), 2015, 392 ss.;

GALLONE G., *Processo dispositivo e processo dirigistico*, in *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, a cura di E. FOLLIERI – A. BARONE, San Giuliano Milanese (MI), 2015, 748 ss.;

GALLONE G., *Stabilità giuridica, rapporto amministrativo e risarcimento del danno: “il re è nudo”*, in www.giustamm.it;

GAMBINO S., *Diritti fondamentali e unione europea*, Milano, 2009;

GARCÍA DE ENTERRÍA E. - FERNÁNDEZ T.R., *Curso de derecho administrativo*, Cizur Menor (Navarra), 2011, II, 605 ss.;

GARCÍA DE ENTERRÍA E., *Las transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. Un cambio de paradigma?*, Madrid, 2008;

GARCÍA DE ENTERRÍA E., *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, trad. it., Milano, 2010, 65 ss.;

GIANNELLI A., *Il revirement della Plenaria in tema di ricorsi paralizzanti nelle gare a due*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1119 ss.;

GIANNINI M.S. - PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 234 ss.;

GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1963, 217 e ss. e II, 1964, 34 ss.;

GILIBERTI B., *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1057 ss.;

GIMENO FELIU J.M., «*La nueva Ley de Contratos del Sector Público: una ventana de oportunidad para recuperar el liderazgo institucional público con y desde la contratación pública*», in www.obcp.es;

GIMENO FELIU J.M., *La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación Española. Una visión desde la perspectiva de la integridad*, Relazione presentata al X Congresso dell'Associazione spagnola dei Professori di diritto amministrativo (AEPDA), Madrid, 6 febbraio 2015;

GIOVAGNOLI R. – FRATINI M., *Le sanzioni amministrative. Raccolta completa commentata con dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2009, 2969 ss.;

GIOVAGNOLI R., *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21 bis legge n. 287/1990*, in www.giustamm.it;

GIOVANNINI C., *I procedimenti speciali*, in *Verso il nuovo processo amministrativo*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Torino, 2001, 302 ss.;

GIOVAZZI M., *La legittimazione processuale nel contenzioso sugli appalti pubblici e l'effettività del diritto europeo: un (falso) problema di convivenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 1051 ss.;

GIUFFRÈ G.A., *Revirement del Consiglio di Stato sull'immediata impugnabilità della scelta del criterio per la selezione delle offerte*, in www.federalismi.it;

GIUSTI A., *La "nuova" sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 293 ss.;

GIUSTI A., *La responsabilità civile della pubblica amministrazione nelle controversie sui contratti pubblici*, in *Giur. it.*, 2016, 158 ss.;

GIUSTI A., *Principio di sinteticità e abuso del processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 2014, 149 ss.;

GOISIS F., *Vincolo di strumentalità e misure cautelari di contenuto «propulsivo» nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 856 ss.;

GONZÁLEZ N. – DOMÍNGUEZ D., *La organización, el caballo de Troya de la independencia de los tribunales administrativos de contratación*, in *Actualidad administrativa*, 2017, 48 ss.;

GRECO G., *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzarolli*, a cura di F. FRANCARIO – M.A. SANDULLI, Napoli, 2017, 27 ss.;

GRECO G., *Il sistema comunitario degli appalti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 1333 ss.;

GRECO G., *Il sistema della giustizia amministrativa in Europa*, Milano, 2010, 48 ss.;

GRECO G., *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 729 ss.;

GRECO G., *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in materia di appalti di lavori pubblici*, in *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, a cura di G. GRECO, Milano, 1990, 12 ss.;

GRECO G., *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2008, 1029 ss.;

GRECO G., *La trasmissione dell'antigiuridicità (dell'atto amministrativo illegittimo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 326 ss.;

GRILLO E., *L'informativa di ricorso ex art. 243-bis Codice dei contratti pubblici: note critiche a margine della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 29 dicembre 2012, n. 6712*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1205 ss.;

GUANTARIO A., *L'azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, a cura di E. FOLLIERI – A. BARONE, 593 ss.;

GUICCIARDI E., *Interesse personale, diretto, attuale*, in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, 84 ss.;

GUIDARELLI G., *La reintegrazione in forma specifica nella tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 644 ss.;

IANNOTTI DELLA VALLE A., *Il rito superaccelerato al vaglio della Corte di Giustizia*, in www.appaltiecontratti.it;

INVERNIZZI R., *Il nuovo processo amministrativo: il ricorso, la sua introduzione, il ricorso incidentale e la costituzione delle parti evocate. Quadro di sintesi*, in *L'amministrativista. Nuovo processo amministrativo*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2010, 40 ss.;

IOSCA G., *Osservazioni sul rito appalti: la sua specialità tra luci ed ombre*, in *App. e contratti*, 2016, 36 ss.;

LA ROSA G., *Il ricorso incidentale nel rito “super-speciale” di cui all’art. 120, commi 2 bis e 6 bis, c.p.a.*, in *Urb. e app.*, 2018, 175 ss.;

LAGROTTA I., *Il rito «super accelerato» in materia di appalti tra profili di (in)compatibilità costituzionale e conformità alla normativa comunitaria*, in *www.federalismi.it*, 2018, 2 ss.;

LAMBERTI C., *La caducazione del contratto tra cognizione ed esecuzione*, Relazione tenuta al Convegno “*Riforme della giustizia e giudice amministrativo*”, Siena, Certosa di Pontignano, 11-12 giugno 2010;

LAMBERTI C., *La cooperazione del danneggiato nella domanda risarcitoria: un apprezzabile compromesso?*, in *Corr. merito*, 2011, 995;

LATTANZI F., “*Il contributo unificato in materia di contratti pubblici al vaglio della Corte di Giustizia*”, in *www.lamministrativista.it*;

LAZZARA P., *Annulabilità e annullamento (dir. amm.)*, in *www.treccani.it*;

LENOCI C., *I presupposti applicativi del rito super accelerato*, in *www.italiappalti.it.*;

LENZETTI R., *Patologia dell’appalto: il contenzioso*, in *Nuova rass. leg. dott. giur.*, 1996, 2153 ss.;

LEONARDI R., *La Corte di giustizia interviene nel controverso dibattito italiano in materia di tutela cautelare ante causam*, in *Foro amm. - Tar*, 2004, 1226 ss.;

LEONE C., *La tutela del contraente in buona fede nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.- C.d.s.*, 2004, 947 ss.;

LEONE G., *Un processo amministrativo a misura europea. Ovvero, come dare un senso compiuto al principio di sinteticità degli atti giudiziari*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 79 ss.;

LETTERIO D., *Osservazioni sui poteri del giudice amministrativo a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione*, in *www.giustamm.it*;

LIBERTINI M., *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 1429 ss.;

LIGUORI F., *Appunti sulla tutela processuale e sui poteri del giudice nel decreto legislativo n. 53 del 2010*, in *www.giustamm.it*;

LIGUORI F., *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, Napoli, 2003;

LIGUORI F., *Tutela specifica e tutela risarcitoria nella materia dei contratti pubblici*, in *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2009, 169;

LIGUORI F., *Variazioni sul fattore tempo nel codice del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*;

LIPARI M., *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in www.giustamm.it, 2008;

LIPARI M., *Commento all'art. 19*, in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici. Commentario*, a cura di F. CARINGELLA, Milano, 1999, 1011 ss.;

LIPARI M., *I termini per la proposizione dei motivi aggiunti nel rito speciale disciplinato dall'art. 23-bis*, in *Urb. e app.*, 2002, 1179 ss.;

LIPARI M., *Il giudice amministrativo e la corsa della giurisdizione oggettiva*, in *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzaroli*, a cura di F. FRANCIOSI – M.A. SANDULLI, Napoli, 2017, 279 ss.;

LIPARI M., *Il nuovo rito in materia di opere pubbliche*, in *Urb. e app.*, 2001, 10 ss.;

LIPARI M., *Il pre-contenzioso*, Relazione svolta al Convegno di studi su «*Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici*», organizzato a Cortina dall'Associazione veneta degli avvocati amministrativisti, 8 luglio 2016, in www.italiappalti.it;

LIPARI M., *Il processo speciale accelerato: Art. 23-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di F. CARINGELLA – F. CINTIOLI, Milano, 2003;

LIPARI M., *Il processo speciale in materia di opere pubbliche: l'Adunanza Plenaria ed il termine per la proposizione del ricorso*, in *Urb. e app.*, 2001, 521 ss.;

LIPARI M., *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010*, in *Foro amm.- Tar*, 2010, 50 ss.;

LIPARI M., *Il rito speciale previsto dall'art. 23-bis: il termine per il deposito del ricorso*, in *Urb e app.*, 2002, 284 ss.;

LIPARI M., *L'Adunanza Plenaria e il rito speciale previsto dall'art. 23-bis*, in *Urb. e app.*, 2002, 901 ss.;

LIPARI M., *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, in www.federalismi.it, 1 e ss.;

LIPARI M., *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto tra nullità, annullabilità ed inefficacia: la giurisdizione esclusiva amministrativa e la reintegrazione in forma specifica*, in *Dir. e form.*, 2003, 245 ss.;

LIPARI M., *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, in www.giustamm.it;

LIPARI M., *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il "rito appalti" e le esigenze imperative di interesse generale*, in www.federalismi.it;

LIPARI M., *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'Anac*, in www.giustizia-amministrativa.it;

LIPARI M., *La tutela giurisdizionale e 'precontenziosa' nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, in www.federalismi.it, 2016, 2 ss.;

LIPARI M., *Legittimazione processuale speciale dell'ANAC*, in www.lamministrativista.it;

LO SAPIO G., *Rito superaccelerato e tecniche di "giuridificazione" degli interessi*, in *Urb. e app.*, 2018, 507 ss.;

LOMBARDI P., *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva "temperata"*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 85 ss.;

LOPILATO V., *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1326 ss.;

LOPILATO V., *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, in *Foro amm.-Tar*, 2006, 1519 ss.;

LUBRANO E., *Le azioni a tutela degli interessi pretensivi nel nuovo processo amministrativo*, Roma, 2012;

LUCATTINI S., *Il giudice amministrativo alla prova dei fatti: per una specialità di servizio*, in www.judicium.it;

LUCIANI F., *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 503 ss.;

MACCHIA M., *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1310 ss.;

MADDALENA M.L., *La fine della c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Corr. merito*, 2011, 547;

MALINCONICO S., *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi: riparto di giurisdizione e rapporto tra tutela demolitoria e risarcitoria. In particolare il caso dell'occupazione illegittima*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1041 ss.;

MANCIERI A.A., *La giurisdizione in materia di appalti pubblici fra tradizione e innovazione*, in *Nuova rass. leg. dott. giur.*, 2003, 2104 ss.;

MANGANARO F. – MAZZA LABOCETTA A., *La giustizia amministrativa come giurisdizione di natura soggettiva nella sentenza dell'Adunanza plenaria n. 4 del 2015*, in *Urb. e app.*, 2015, 920 ss.;

MARCHETTI B. – RENNA M., *I processi di giuridificazione: soggetti, tecniche, limiti*, in *La giuridificazione*, a cura di B. MARCHETTI – M. RENNA, Firenze, 2017;

MARCHETTI B., *Annulamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 95;

MARCHETTI B., *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 74 ss.;

MARCHETTI B., *La tutela non giurisdizionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 423 ss.;

MARENGHI E.M., *Il processo senza modello tra tempo e tutela*, Torino, 2014;

MARENGHI E.M., *Unità dommatica e pluralità delle forme nella tutela cautelare fra sistema e non sistema*, in *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, a cura di E.M. MARENGHI – S. PERONGINI, Salerno, 2008, 7 ss.

MARINELLI M., *Ancora in tema di ricorso incidentale “escludente” e ordine di esame delle questioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1174 ss.;

MARINO E., *Conversione e rapporto tra le azioni*, in *I principi vincolanti dell’adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, a cura di E. FOLLIERI – A. BARONE, San Giuliano Milanese (MI), 2015, 670 ss.;

MARONE F., *La irragionevole misura del contributo unificato nei ricorsi in materia di appalti pubblici*, in *www.giustamm.it*;

MARRA A., *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012, 123 ss.;

MARRAMA D., *Brevi riflessioni sul tema dell’irregolarità e dell’invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 364;

MARTELLA I., *Le novità processuali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 659 ss.;

MASTRODONATO G., *I mezzi di prova nella giurisprudenza successiva all’entrata in vigore del codice del processo amministrativo*, in *Il codice del processo amministrativo nel primo biennio di applicazione. Problemi teorici e dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. e proc. amm., Quaderni*, 2014, 121 ss.;

MASTROIANNI R., *Osservazioni in merito alla effettività del sistema italiano di tutela «decentrata» del diritto comunitario della concorrenza*, in *Dir. un. eur.*, 2001, 78 ss.;

MATTEUCCI F., *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2013, 729 ss.;

MAZZAROLLI L., *Il processo amministrativo come processo di parti e l’oggetto del giudizio*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 463 ss.;

MAZZAROLLI L., *La giurisdizione sui regolamenti è di diritto oggettivo?*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 1 ss.;

MENCHINI S., *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 921 ss.;

MERUSI F., *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro amm.- Tar*, 2004, 569 ss.;

MERUSI F., *Il Codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1 ss.;

MERUSI F., *L'«ingiustizia amministrativa» in Italia*, Bologna, 1986, 24 ss.;

MEZZOTERO A., *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo. In attesa dell'attuazione della direttiva ricorsi n. 2007/66 e del nuovo Codice del processo amministrativo*, in *Rass. avv. stato*, 2010, 289 ss.;

MIGLIETTA S., *La tutela del concorrente escluso dopo l'annullamento dell'aggiudicazione illegittima*, in *Urb. e app.*, 2017, 257 ss.;

MIGNONE C., *Il giudizio di primo grado*, in *Manuale di giustizia amministrativa*, a cura di C. MIGNONE – P.M. VIPIANA, Padova, 2013, 250 ss.;

MONTEDORO G., *Il danno ingiusto nella prospettiva del giudice amministrativo*, in *Questione Giustizia*, 2018, 151 ss.;

MONTEDORO G., *Verso il diritto comunitario europeo degli appalti: spunti di riflessione in tema di effettività della tutela*, in *Foro amm.*, 1995, 2111 ss.;

MORBIDELLI G., *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, in *Quaderni della Rivista "Il Diritto dell'Unione Europea"*, Milano, 2001, 46;

MORBIDELLI G., *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 829 ss.;

NASI A., *Equità (giudizio di)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 109 ss.;

NIGRO M., *Esperienze e prospettive del processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 401 ss.;

NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 237.

NIGRO M., *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 3 ss.;

NOBILE A., *La nuova direttiva comunitaria concernente i ricorsi in materia di aggiudicazione di appalti pubblici*, in *Appalti e contratti*, 2008, 36;

NUNZIATA M., *La sinteticità degli atti processuali di parte nel processo amministrativo: fra valore retorico e regola processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1327 ss.;

OCCHIENA M., *Prime riflessioni sugli interessi procedurali dopo la legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 728 ss.;

ORLANDO V.E., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, III, Milano, 1901, 935 ss.;

ORRÙ S., *L'inefficacia del contratto ad evidenza pubblica tra vecchi problemi e nuove soluzioni normative*, in *Contratto pubblico e principi di diritto privato*, a cura di C. CICERO, Padova, 2011, 143 ss.;

PAGANO F.F., *Il principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale e il termine di decadenza per proporre l'azione autonoma di condanna nel processo amministrativo (nota a Corte cost. n. 94 del 2017)*, in www.giurcost.org;

PAGNI I., *Il cumulo di domande nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1165 ss.;

PAGNI I., *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 401 ss.;

PAJNO A., *Giustizia amministrativa ed economia*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 952 ss.;

PAJNO A., *Giustizia amministrativa ed economia*, Relazione tenuta al 60° Convegno di Studi Amministrativi su “*Diritto amministrativo ed economia: una sinergia per la competitività del Paese*”, Varenna, 18-19-20 settembre 2014;

PAJNO A., *Il codice del processo amministrativo tra “cambio di paradigma e paura della tutela*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 885 ss.;

PAJNO A., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio all'economia e contrasto alla corruzione*, in www.giustizia-amministrativa.it;

PAJNO A., *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 419 ss.;

PALIERO C. E. - TRAVI A., *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989.

PALLIGGIANO G., *Diventa inammissibile la richiesta di risarcimento proposta a distanza di tempo dal provvedimento*, in *Guida dir.*, 2011, fasc. 15, 64 ss.;

PALLOTTINO D., *Riflessioni sui nuovi poteri speciali ed istruttori del giudice amministrativo alla luce della legge n. 205 del 2000*, in *Cons. Stato*, 2001, 1039 ss.;

PAOLANTONIO N., *I riti in materia di infrastrutture e insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale, in materia di accesso e di silenzio*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2014, 519 ss.;

PAOLANTONIO N., *Il rito abbreviato*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2014, 495 ss.;

PAOLANTONIO N., *Il rito accelerato*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2014, 505 ss.;

PAOLANTONIO N., *Il rito differenziato nel processo amministrativo*, in *Il nuovo processo amministrativo*, in AA.VV., a cura di M. DE PAOLIS, Padova, 2006, 217 ss.;

PAOLANTONIO N., *Il rito immediato*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2014, 491 ss.;

PAOLANTONIO N., *Tutela differenziata e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 964 ss.;

PAOLO CIRILLO G., *I principi generali del processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di G. PAOLO CIRILLO, 2017, 15 ss.;

PARADISI M., *“Il contenzioso amministrativo” nei lavori pubblici: aspetti giuridici e pratici*, in *Appalti e contratti*, 2009, 13 ss.;

PELLEGRINO G., *A.P. n. 3 del 2011. Il giudice amministrativo nella modernità*, in www.giustizia-amministrativa.it;

PELLEGRINO G., *Il codice al passaggio definitivo. Tra grande occasione e strani paradossi*, in www.giustamm.it;

PELLEGRINO G., *La Plenaria e le “tentazioni” dell’incidentale*, in www.giustamm.it;

PERFETTI L. – TROPEA G., *“Heart of darkness”: l’Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 219 ss.;

PERFETTI L., *Mezzi di prova e attività istruttoria*, in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2015, 657 ss.;

PERFETTI L., *Per una teoria delle clausole generali in relazione all’esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell’equità*, in *Giur. it.*, 2012, 1213 ss.;

PERFETTI L.R., *Legittimazione e interesse a ricorrere nel processo amministrativo: il problema delle pretese partecipative*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 688 ss.;

PERONGINI S., *L’appello nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di G. PAOLO CIRILLO, 2017, 762 ss.;

PERONGINI S., *La formula “ora per allora” nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo “ora per allora”*, Napoli, 1999, 268 ss.;

PERONGINI S., *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Milano, 2011, 1 ss.;

PESCE G., *Il processo amministrativo alla luce del D.L. 90/2014: il difficile compromesso tra efficienza, diritti e Costituzione*, in *Il nuovo dir. amm.*, 2014, 161 ss.;

PICOZZA E., *L’effettività della tutela e l’impatto del diritto comunitario sul processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 797 ss.;

PICOZZA E., *La nuova legge sull’azione e sul procedimento amministrativo. Considerazioni generali. I principi di diritto comunitario e nazionale*, in *Cons. Stato*, 2005, II, 1433;

PIETROSANTI A.G., *Sulla violazione dei principi di chiarezza e sinteticità previsti dall’art. 3, comma 2, c.p.a.*, in *Foro amm. - Tar.*, 2013, 11;

PIGNATARO S., *Riflessioni sulla natura del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in www.federalismi.it;

PIGNATELLI N., *Le migrazioni cautelari nel processo amministrativo*, in *Riv. it. dir. cost.*, 2009, 385 ss.;

PIGNATELLI N., *Tutela cautelare e competenza nel “nuovo” processo amministrativo: l’attuazione costituzionale del principio del giudice naturale*, in www.giustizia-amministrativa.it;

PINELLI C., *La tutela della concorrenza come principio e come materia. La giurisprudenza costituzionale 2004-2013*, in *Rivista AIC*, 2014, 16 ss.;

PISI M., *La sentenza della Corte di Giustizia nel caso Orizzonte Salute e il sistema italiano di contributi unificati cumulativi nei ricorsi in materia di appalti pubblici: ogni persona, che possa permetterselo, ha diritto di accesso alla giustizia?*, in www.europeanpapers.eu, 2016, 245 ss.;

PIZZA P., *Regolamento di competenza e tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 875;

POLI V., *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle procedure di affidamento dei pubblici appalti*, in *Cons. Stato*, 2002, 1269 ss.;

POLICE A., *I mezzi di prova e l’attività istruttoria*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di G. PAOLO CIRILLO, 2017, 399 ss.;

POLICE A., *Il cumulo di domande nei “riti speciali” e l’oggetto del giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1197 ss.;

POLICE A., *La competenza*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2014, 131 ss.;

POLICE A., *Le forme della giurisdizione*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, III ed., Torino, 2009, 121 ss.;

POLITI R., *Il contenzioso in materia di appalti: dal recepimento della Direttiva ricorsi al Codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it;

PONTE D., *Contratti, introdotta la pregiudiziale amministrativa*, in *Guida dir.*, 2010, 31 ss.;

PONTE D., *La direttiva ricorsi influenza la norma codicistica*, in *Guida dir.*, 2010, 27 e ss.;

PRESTI A., *Rito “super accelerato” o meglio ipercompresso contro gli atti (positivi o negativi) di ammissione alle procedure di gara*, in www.mediappalti.it;

PRESUTTI L., *Contributo unificato e diritto europeo degli appalti*, in *Urb. e app.*, 2016, 138 ss.;

PRESUTTI L., *Il precontenzioso e il rito accelerato nelle procedure per l’affidamento di contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2017, 301 ss.;

PRESUTTI L., *La pregiudiziale triplice in materia di appalti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2017, 90 ss.;

PRINCIPATO L., *L’ipostatizzazione della concorrenza: da situazione giuridica soggettiva ed ambito di competenza legislativa a strumento di politica economica*, in *Giur. cost.*, 2012, 728;

PROTO PISANI A., *Verso la residualità del processo a cognizione piena?*, in *Foro it.*, 2006, V, 53 ss.;

PULIDO QUECEDO M., *Competencias y legitimación ante el tribunal administrativo central de recursos contractuales (tacreco): especial consideración de los supuestos de nulidad contractual*, in *Revista Documentación Administrativa*, 2010, 65 ss.;

QUADRI E., *Gli effetti delle decisioni del g.a. sull'economia*, in *Giur. it.*, 2017, 995 ss.;

RAGANELLI B., *Effettività della tutela ed efficacia delle procedure di ricorso in materia di contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, 1155 ss.;

RAGANELLI B., *La tutela dell'interesse pubblico in economia*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it;

RAIMONDI S., *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie*, in www.giustamm.it;

RAMAJOLI M., *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 100 ss.;

RAMAJOLI M., *Il cumulo soggettivo nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1237 ss.;

RAMAJOLI M., *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 557 ss.;

RAMAJOLI M., *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 481 ss.;

RAMAJOLI M., *La tutela cautelare nel contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 928 ss.;

RAMAJOLI M., *Un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici?*, in www.giustamm.it e in *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, a cura di G. GRECO, Milano, 2012, 95-114;

RANELLETTI O., *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1912;

RAZQUIN LIZARRAGA J.A., *El recurso especial en materia de contratación en la nueva ley de contratos del sector público*, in *Revista española de derecho administrativo*, 2018, 149 ss.;

RAZQUIN LIZARRAGA J.A., *El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la ley de contratos del sector público*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, 2010, 11;

RAZQUIN LIZARRAGA M.M., *Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España*, in *Revista de Administración Pública*, 2015, 97 ss.;

REALE R. – REALE V., *Nuove norme in materia di aggiudicazione, contratti e contenzioso nei pubblici appalti dal diritto comunitario (Direttiva CE n. 66/2007) al diritto interno (D.L.G. 53/2010)*, in *Nuova rass. leg. dott. giur.*, 2010, 1573 ss.;

RENNA M., *Il risarcimento dei danni in materia di appalti pubblici dopo il recepimento della “direttiva ricorsi”*, in www.giustamm.it;

RENNA M., *Obblighi procedurali e responsabilità dell’amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 573;

ROMANO A., *Art. 26, t.u. Cons. St. (r.d. 26 giugno 1924, n. 1054)*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di A. ROMANO – R. VILLATA, III ed., Padova, 2009, 1150 ss.;

ROMANO A., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 635 ss.;

ROMANO A., *Sulla dimidiazione dei termini processuali in materia di opere pubbliche*, in *Foro it.*, 2000, 746 ss.;

ROMANO A., *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1 ss.;

ROMANO E., *Il contenzioso elettorale*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di G. PAOLO CIRILLO, 2017, 1217 ss.;

ROMANO E., *Il contenzioso elettorale*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di G. PAOLO CIRILLO, 2017, 1217 ss.;

ROMANO M.C., *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale. Tra ordinamento europeo e ordinamenti amministrativi nazionali*, Napoli, 2013;

ROMANO S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1901, 533;

ROMANO TASSONE A., *Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. 241/90*, in www.giustamm.it;

RUSCICA S., *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2010, 1266 ss.;

RUSCICA S., *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2010, 1266 ss.;

RUSSO R., *Generalità ed effettività della tutela nella sentenza della Corte costituzionale n. 94 del 2017*, in www.giustamm.it;

RUSSO R., *L’ordine di trattazione dei ricorsi principale ed incidentale con effetto paralizzante*, in *I principi vincolanti dell’adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, a cura di E. FOLLIERI – A. BARONE, San Giuliano Milanese (MI), 2015, 860 ss.;

RUSSO R., *La tutela cautelare nelle decisioni della consulta*, in *La giurisprudenza della Corte Costituzionale sul processo amministrativo*, a cura di E. FOLLIERI, Bari, 2018, 585 ss.;

SABBATINI M.S., *La direttiva 2007/66/CE sulle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici: la trasparenza è anche una questione di termini*, in *Dir. comm. int.*, 2008, 131 ss.;

SAITTA F., *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, in www.giustizia-amministrativa.it;

SAITTA F., *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 125 ss.;

SAITTA N., *Sistema di Giustizia amministrativa*, Milano, 2005;

SALAMONE V., *Orientamenti giurisprudenziali sul rito abbreviato dell'art. 19 del D.L. 25 marzo 1997, n. 67*, in www.diritto.it;

SALANDRA A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, 351-352;

SALERNI R., *Il risarcimento dei danni per lesione di interessi giuridicamente rilevanti*, in *La responsabilità civile della Pubblica amministrazione*, a cura di E. FOLLIERI, Milano, 2004, 233 ss.;

SALVATORE P., *Il contenzioso in tema di lavori pubblici. Le aree problematiche. Le scelte processuali*, in *Cons. Stato*, 1999, 633 ss.;

SALVEMINI P., *Sull'onere di immediata impugnazione delle clausole non escludenti del bando di gara e sulla legittimazione a ricorrere dell'operatore economico non partecipante alla procedura*, in www.ildirittoamministrativo.it;

SANDULLI A.M., *Il ricorso innanzi al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, 210 ss.;

SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 1176 ss.;

SANDULLI M.A., *A Consulta e Ue l'impugnazione delle ammissioni alle gare*, in www.quotidianoentilocali.ilsole24ore.com;

SANDULLI M.A., *Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice*, in *Foro amm.- Tar*, 2010, 65 ss.;

SANDULLI M.A., *Ancora sui rischi di incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici. Postilla a "Principi e regole dell'azione amministrativa. Riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziali (federalismi.it, n. 23, 2017)*, in www.federalismi.it, 2018;

SANDULLI M.A., *Contratti pubblici e (in)certezza del diritto fra ordinamento interno e novità comunitarie*, in www.federalismi.it;

SANDULLI M.A., *Diritto europeo e processo amministrativo*, in www.astrid-online.it;

SANDULLI M.A., *I criteri per l'applicazione e la determinazione delle sanzioni antitrust*, in www.federalismi.it;

SANDULLI M.A., *Il d.l. 24 giugno 2014, n. 90 e i suoi effetti sulla giustizia amministrativa. Osservazioni a primissima lettura*, in www.federalismi.it;

SANDULLI M.A., *Il processo amministrativo superaccelerato e i nuovi contratti ricorso-resistenti*, in www.federalismi.it, 2009;

SANDULLI M.A., *Il risarcimento del danno conquista l'autonomia? i nuovi rapporti tra l'azione risarcitoria e quella per l'annullamento nel codice del processo*, in *Foro amm.-Tar*, 2011;

SANDULLI M.A., *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad plen. 23 marzo 2011, n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595, 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in www.federalismi.it;

SANDULLI M.A., *Il risarcimento del danno*, in *Il sistema di giustizia amministrativa negli appalti pubblici in europa* a cura di G. GRECO, Milano, 2010;

SANDULLI M.A., *Il tempo del processo come bene della vita, Relazione al 60° Convegno di Studi di Scienze Amministrative*, Varenna, 2014, in www.federalismi.it;

SANDULLI M.A., *Inefficacia del contratto e sanzioni alternative*, in *Il sistema di giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, a cura di G. GRECO, Milano, 2010, 52;

SANDULLI M.A., *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis L. n. 287 del 1990*, in www.federalismi.it, 2012;

SANDULLI M.A., *La semplificazione nel processo amministrativo*, in *Foro amm. - Tar*, 2012, 61 ss.;

SANDULLI M.A., *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Foro amm. - Tar*, 2009, 55 ss.;

SANDULLI M.A., *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso del processo o diniego di giustizia?*, in *Foro amm. - Tar*, 2012, 9 e in www.federalismi.it;

SANDULLI M.A., *Le principali novità nel rito speciale in materia di appalti pubblici*, in www-astrid-online.it;

SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983;

SANDULLI M.A., *Nuovi limiti al diritto di difesa introdotti dal d.lgs. n. 50 del 2016 in contrasto con il diritto eurounitario e la Costituzione*, in www.lamministrativista.it;

SANDULLI M.A., *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in www.federalismi.it, 2016, 2 ss.;

SANDULLI M.A., *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il processo*, 2018, 45 ss.;

SANDULLI M.A., *Rito speciale in materia di contratti pubblici*, in www.lamministrativista.it;

SANDULLI M.A., *Sanzione*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXVIII, Roma, 1992, 2;

SANDULLI M.A., *Un mini passo in avanti verso l'effettività della tutela in tema di contratti pubblici? Prmissime considerazioni sull'art. 19 d.lgs. n. 56 del 2017*, in www.lamministrativista.it;

SANINO M., *La «sinteticità» degli atti nel processo amministrativo: è davvero una novità?*, in *Foro it.*, 2015, V, 379;

SANTISE M., *La tutela cautelare nel processo amministrativo fra rito ordinario e modelli speciali*, Relazione revisionata svolta all'incontro di studi organizzato dall'Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa, dal titolo "Il processo amministrativo alla prova dei fatti: tutela cautelare e riti speciali. Il punto di vista del primo grado e il punto di vista dell'appello", tenutosi presso il Tar Lazio, i giorni 15 e 16 marzo 2018;

SANTORO E., *Una pietra miliare nel cammino verso l'effettività della tutela: le Sezioni Unite affermano la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto, anticipando il recepimento della direttiva 2007/66/CE*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 399 ss.;

SASSANI B., *Arbor actionum. L'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1356 ss.;

SATTA F., *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. amm.*, 2003, 645 ss.;

SATTA F., *La lesione di interessi legittimi: variazioni giurisprudenziali sull'inammissibilità del risarcimento e principi comunitari*, in *Giur. it.*, 1992, 1795 ss.,

SCACCHI A., *Profili civilistici dell'incidenza dell'annullamento dell'aggiudicazione sul susseguente contratto*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 1514;

SCHMIDT-ABMANN E., *L'illegittimità degli atti amministrativi per vizi di forma del procedimento e la tutela del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2011, 474;

SCOCA F.G., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm.- Tar*, 2007, 797 ss.;

SCOCA F.G., *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo (Relazione tenuta a Lecce il 9 luglio 2010)*, in www.giustamm.it;

SCOCA F.G., *Contributo alla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, 47 ss.;

SCOCA F.G., *Giurisdizione e processo in tema di lavori pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 1999, 171;

SCOCA F.G., *I principi del giusto processo*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, 2014, 161 ss.;

SCOCA F.G., *Il "costo" del processo tra misura di efficienza e ostacolo all'accesso*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1414 ss.;

SCOCA F.G., *Il modello processuale*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2017, 151 ss.;

SCOCA F.G., *Il principio della domanda nel processo amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2015, 1596 ss.;

SCOCA F.G., *Interesse legittimo e giudice amministrativo: variazioni in chiave colloquiale*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 15 ss.;

SCOCA F.G., *Interessi protetti (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989, 8 ss.;

SCOCA F.G., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 284;

SCOCA F.G., *La Corte costituzionale e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Giur. cost.*, 2014, 1476 ss.;

SCOCA F.G., *La formazione del sistema*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2017, 3 ss.;

SCOCA F.G., *Le situazioni giuridiche soggettive nel pensiero di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 2014, 437 ss.;

SCOCA F.G., *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 847 ss.;

SCOCA F.G., *Qualificazione della domanda giudiziale e controllo della rilevanza della questione di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2012, 4489 ss.;

SCOCA F.G., *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2011, 979 ss.;

SCOCA S.S., *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008;

SCOCA S.S., *I principi dell'evidenza pubblica*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. FRANCHINI, Torino, 2010, 322 ss.;

SCOCA S.S., *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento*, in www.giustamm.it;

SCOCA S.S., *Riflessioni critiche sui criteri di individuazione del giudice competente nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1107 ss.;

SENZANI D., *Artt. 11-12*, in *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, a cura di A. CARULLO – G. IUDICA, Padova, 2011, 307;

SEVERINI G., *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici (l'art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, in www.giustizia-amministrativa.it;

SEVERINI G., *Tutela cautelare e interesse generale (con particolare riguardo alla riforma del 2016 dell'art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, in *Profili oggettivi e soggettivi della*

giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzaroli, a cura di F. FRANCARIO – M.A. SANDULLI, Napoli, 2017, 113 ss.;

SICA M., *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo tra principio dispositivo e poteri officiosi*, in *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo. Atti del Convegno Annuale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto amministrativo. Trento 5-6 ottobre 2012*, Napoli, 2013, 130 ss.;

SILVESTRI M., *Le condizioni dell'azione nel rito in materia di contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 927 ss.;

SINISI M., *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, 2017;

SORDI B., *Interesse legittimo*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2008, II, 709 ss.;

SORDI B., *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, 483 ss.;

SPAMPINATO B., *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2004;

SPAVENTA S., *Discorso preparato per l'inaugurazione della Quarta sezione del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, 290 ss.;

SQUAZZONI A., *Ancora sull'asserito effetto paralizzante del solo ricorso incidentale c.d. escludente nelle controversie in materia di gare. La Plenaria statuisce nuovamente sul rebus senza risolverlo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1063 ss.;

SQUAZZONI A., *Morire per il ricorso incidentale paralizzante?*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 442 ss.;

SQUAZZONI A., *Sul necessario esame delle censure escludenti incrociate a prescindere dal numero dei concorrenti e della differenza tra motivi ad effetto escludente. Il monito (forse tardivo?) della Corte di giustizia*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 796 ss.;

STICCHI DAMIANI E., *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 241 ss.;

STICCHI DAMIANI E., *Brevi note in tema di annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto: i poteri del giudice alla luce del codice del processo amministrativo*, in *www.iuspublicum.com*, 2012, 12 ss.;

STICCHI DAMIANI E., *I limiti della tutela dell'interesse strumentale nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 905 ss.;

STICCHI DAMIANI E., *La «caducazione» del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del Codice degli appalti*, in *Foro amm.- Tar*, 2006, 3725.;

STUMPO G., *Del D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53 che integra e modifica il Codice dei lavori pubblici; sintesi delle principali innovazioni*, in *Riv. trim. app.*, 2010, 662 ss.;

TADDEUCCI S., *L'art. 120 comma 2 bis del CPA dinanzi alla Corte di Giustizia: dubbi sulla fondatezza della questione*, in www.italiappalti.it;

TARANTINO L., *Il risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Urb. e app.*, 2018, 575 ss.

TARANTINO L., *L'azione di condanna nel processo amministrativo*, Milano, 2003;

TARASCO A.L., *Alternatività tra ricorso straordinario e riti speciali: un parere restrittivo del Consiglio di Stato*, nota a Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2009, n. 1670, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 2411 ss.;

TARULLO S., *Costituzione europea ed effettività della tutela giurisdizionale amministrativa*, in www.giustamm.it;

TARULLO S., *Il giusto processo amministrativo: studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004;

TARULLO S., *La Corte di Giustizia e la tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: un nodo da sciogliere*, in *Giust. amm.*, 2004, 562 ss.;

TARULLO S., *La giurisdizione sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione: la soluzione delle Sezioni Unite non persuade*, in *Giust. amm.*, 2007, 1292;

TARULLO S., *La nuova tutela cautelare ante causam introdotta dall'art. 245 del Codice degli appalti*, in www.giustamm.it;

TERRACCIANO G., *Il principio di effettività e la tutela delle posizioni giuridiche soggettive negli appalti pubblici*, in *Foro amm. - Tar*, 2011, 3791 ss.;

TESAURO A., *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925;

TIBERII M., *La ricerca del fondamento dell'inefficacia dei contratti ad evidenza pubblica*, in *Foro amm. - Tar*, 2010, 3729 ss.;

TORCHIA L., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 605 ss.;

TORCHIA L., *La nuova direttiva europea in materia di appalti di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari*, Relazione per il 61° Convegno di Studi amministrativi su "La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione", Varenna, 17-19 settembre 2015, 1 ss.;

TORCHIA L., *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it;

TRAMONTANA F., *Il rito degli appalti dopo le innovazioni introdotte dal Codice dei contratti pubblici*, in *Appalti e contratti*, 2017, 10 ss.;

TRANQUILLI S., *Anche l'ANAC è legittimata a ricorrere davanti al giudice amministrativo*, in www.lamministrativista.it;

TRANQUILLI S., *Individuazione del dies a quo per impugnare le ammissioni alla gara. Prissime riflessioni a margine di recenti oscillazioni giurisprudenziali*, in www.lamministrativista.it;

TRANQUILLI S., *La contestazione della decisione di ammissione e aggiudicazione nell'evoluzione del contenzioso sui contratti pubblici*, AIPDA - PAPER CONVEGNO ANNUALE AIPDA 2017;

TRANQUILLI S., *Rito superspeciale: giro di boa verso la Corte Costituzionale per l'onere di impugnazione immediata delle ammissioni*, in www.lamministrativista.it;

TRAVI A., *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*, in *Urb. e app.*, 2011, 927 ss.;

TRAVI A., *Dubbi sulla legittimità del giudizio abbreviato in materia di opere pubbliche*, in *Urb. e app.*, 1998, 945 ss.;

TRAVI A., *Giudizio civile e giudizio amministrativo: le ragioni e le espressioni della diversità*, in *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme. Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015*, a cura di P.L. PORTALURI, 67 ss.;

TRAVI A., *In tema di ordine di trattazione tra ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Foro it.*, 2014, III, 470 ss.;

TRAVI A., *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 222;

TRAVI A., *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. Atti del LVI Convegno di studi amministrativi di Varenna del 23-25 settembre 2010*, Milano, 2011, 87 ss.;

TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014;

TRAVI A., *Recenti sviluppi sul principio della domanda nel giudizio amministrativo*, in *Foro it.*, 2015, III, 265 ss.;

TRAVI A., *Verso una pluralità di termini per il ricorso al giudice amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 653 ss.;

TRIMARCHI BANFI F., *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, 86;

TRIMARCHI M., *La (ir)ragionevolezza dell'art. 30, co. 3, c.p.a., nella sentenza della Corte costituzionale, 4 maggio 2017, n. 94*, in www.giustamm.it;

TRIMARCHI M., *Principio della domanda e natura del processo secondo l'adunanza plenaria del consiglio di stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1101 ss.;

TROCKER N., *L'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'evoluzione dell'ordinamento comunitario in materia di tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di G. VETTORI, Milano, 2002;

TROPEA G., *I rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale di nuovo dinanzi alla Plenaria. Un revirement atteso dopo un'interessante (e per alcuni versi discutibile) ordinanza di rimessione*, in *Giur. it.*, 2011, 1652 ss.;

TROPEA G., *L' "ibrido fiore della conciliazione": i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 965 ss.;

TROPEA G., *L'interesse strumentale e a ricorrere: una categoria al bivio?*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 670.

TROPEA G., *La domanda cautelare, l'azione di ottemperanza e quella avverso il silenzio nel sistema del codice del processo amministrativo: per un inquadramento sistematico*, Relazione svolta all'incontro di studi organizzato dall'Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa, dal titolo *"Il processo amministrativo alla prova dei fatti: tutela cautelare e riti speciali. Il punto di vista del primo grado e il punto di vista dell'appello"*, tenutosi presso il Tar Lazio, i giorni 15 e 16 marzo 2018;

TROPEA G., *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 889 ss.;

TURRONI D., *Justice delayed is (not) justice denied. L'annullamento dell'atto non è «variabile dipendente» della durata del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 173 ss.;

URBANO G., *L'ambivalenza ontologica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, a cura di E. FOLLIERI – A. BARONE, San Giuliano Milanese (MI), 2015, 411 ss.;

VACCARI S., *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale soddisfattoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 257 ss.;

VAIANO D., *La pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, 644 ss.;

VAIANO D., *Ordine di esame dei motivi, principio della domanda e funzione del giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2015, 1186 ss.;

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ P., *El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena administración*, in *Las vías administrativas de recurso a debate: Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Zaragoza, 5 e 6 febbraio 2016, coordinato da F. LÓPEZ RAMÓN, 2016, 233 ss.;

VARONE S., *L'invalidità contrattuale nella dialettica fra atto e negozio nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica*, in *Foro amm.- C.d.S.*, 2003, 1648 ss.;

VELTRI G., *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, in www.giustizia-amministrativa.it;

VELTRI G., *Le azioni di accertamento, adempimento, nullità ed annullamento nel codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it;

VERCILLO G., *La tutela cautelare nel processo amministrativo ed il paradigma imposto dalla Corte di Giustizia nell'ottica del giudizio sul rapporto*, in *Dir. e proc. amm.*, 2009, 625 ss.;

VETRÒ F., *I riti elettorali*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2014, 530 ss.;

VILLANI U., *Le norme*, in *Sud in Europa*, 2007, 14 ss.;

VILLAREJO GALENDE H. - CALONGE VELÁZQUEZ A., *Las principales novedades de la nueva ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público*, in *Revista jurídica de Castilla y León*, 2018, 7 ss.;

VILLATA R., *Ancora "spigolature" sul nuovo processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2 ss.;

VILLATA R., *Annotando gli annotatori*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1183 ss.;

VILLATA R., *Interesse ad agire (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989, e in *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 585 ss.;

VILLATA R., *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ritorna, confermandola, sulla c.d. pregiudizialità amministrativa, ma le Sezioni unite sottraggono al giudice amministrativo le controversie sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 300;

VILLATA R., *Spigolature "stravaganti" sul nuovo processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 856;

VINTI S., *Quali rimedi per la salvaguardia dell'interesse legittimo al cospetto dei negozi giuridici? Il giudice del riparto e i legislatori (comunitario e domestico) alle prese con gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto di appalto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 840;

VIOLA M., *Alla Corte di Giustizia l'onere di immediata impugnazione previsto dall'art. 120, co. 2 bis, C.p.a.*, in www.italiappalti.it;

VIPIANA P.M., *Giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991, 377 ss.;

VIPIANA P.M., *Il recepimento delle direttive come occasione per la riforma della normativa italiana in tema di appalti pubblici e concessioni*, Relazione al Convegno "Le direttive UE del 2014 in tema di appalti pubblici e concessioni", 23 marzo 2015, Alessandria, in *Polis Working Papers*, n. 221, July 2015, 5 ss.;

VIPIANA P.M., *In margine ad un recente orientamento del Consiglio di Stato sul cosiddetto interesse strumentale a ricorrere*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 107 ss.;

VIPIANA P.M., *Le azioni nel processo amministrativo*, in *Manuale di giustizia amministrativa*, a cura di C. MIGNONE – P.M. VIPIANA, Padova, 2013, 101 ss.;

VIPIANA P.M., *Le condizioni dell'azione nel processo amministrativo*, in *Manuale di giustizia amministrativa*, a cura di C. MIGNONE – P.M. VIPIANA, Padova, 2013, 139 ss.;

VIPIANA P.M., *Motivi aggiunti e doppio grado nel processo amministrativo in una recente decisione dell'Adunanza plenaria*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 91 ss.

VIPIANA P.M., *Usi ed abusi giurisprudenziali in materia di interesse strumentale a ricorrere*, in *Foro amm.*, 1987, 2917 ss.;

VIRGA G., *La nuova disciplina del regolamento di competenza e il fenomeno delle "migrazioni cautelari"*, in *Giust. amm.*, 2001, 496 ss.;

VIRGA G., *Verso un nuovo processo amministrativo*, in www.giustamm.it;

VITALE G., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in www.federalismi.it, 2018, 2 ss.;

VITTA C., *La giurisdizione amministrativa e il diritto obiettivo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1921, I, 352 ss.;

VOLPE C., *Processo amministrativo: sintesi, ottemperanza e opposizione di terzo: tre temi caldi per i contratti pubblici*, in www.giustamm.it;

VUOLO A., *La decisione della Corte di giustizia in materia di contributo unificato: ovvero dell'impossibilità di pervenire ad assestamenti definitivi nella tutela multilivello dei diritti (nota a Corte di giustizia dell'Unione europea, 6 ottobre 2015)*, in www.federalismi.it, 2015;

ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 1954, 43;

ZANOBINI G., *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924;

ZERMAN P.M., *L'effettività della tutela nel Codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it;

ZIMEI E., *La disciplina sospensiva della stipula del contratto (nota a Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565)*, in *Riv. trim. app.*, 2015, 593 ss.