



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI
GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE
IONIAN DEPARTMENT OF LAW, ECONOMICS
AND ENVIRONMENT

15
2020

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO JONICO

BANDO DI GARA E PROCEDURA DI EVIDENZA PUBBLICA:
ALLA RICERCA DELL'EFFETTIVITÀ
TRA ESPERIMENTI NORMATIVI E
ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

PAOLA ROMITO



EDJ ZIONI
SGE

ISBN: 978-88-945030-1-2

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Riccardo Pagano

DIRETTORI DEI QUADERNI

Caludia Capozza – Adriana Schiedi – Stefano Vinci

COMITATO SCIENTIFICO

Cesare Amatulli, Massimo Bilancia, Annamaria Bonomo, Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Carnimeo Nicolò, Daniela Caterino, Nicola Fortunato, Pamela Martino, Maria Concetta Nanna, Fabrizio Panza, Pietro Alexander Renzulli, Umberto Salinas, Paolo Stefani, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli.

COMITATO DIRETTIVO

Aurelio Arnese, Danila Certosino, Luigi Iacobellis, Ivan Ingravallo, Ignazio Lagrotta, Francesco Moliterni, Paolo Pardolesi, Angela Riccardi, Claudio Sciancalepore, Nicola Triggiani, Antonio Felice Uricchio (in aspettativa per incarico assunto presso l'ANVUR), Umberto Violante

COMITATO DI REDAZIONE

Patrizia Montefusco (Responsabile di redazione)
Federica Monteleone, Danila Certosino,
Dottorandi di ricerca (Francesca Altamura, Michele Calabria, Marco Del Vecchio, Francesca Nardelli, Francesco Scialpi, Andrea Sestino, Pierluca Turnone)

Contatti:

Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture

Convento San Francesco – Via Duomo, 259 – 74123 Taranto, Italy

e-mail: quaderni.dipartimentojonico@uniba.it

telefono: + 39 099 372382 • fax: + 39 099 7340595

<https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali>



BANDO DI GARA E PROCEDURA DI EVIDENZA PUBBLICA:
ALLA RICERCA DELL'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA
TRA ESPERIMENTI NORMATIVI E
ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Paola Romito



Il presente volume è stato chiuso per la pubblicazione in data 30 settembre 2020 dall'editore "Dipartimento Jonico in Sistemi giuridici ed economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture" dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro e messo in linea sul sito <http://edizionidjsge.uniba.it/i-quaderni> ed è composto di 130 pagine.

isbn 978-88-9450-301-2

INDICE

Capitolo primo

IL PROCESSO AMMINISTRATIVO E L'ACCESSO ALLA GIUSTIZIA: LE CONDIZIONI DELL'AZIONE

1. Introduzione	3
2. Condizioni dell'azione e disciplina processuale nelle elaborazioni dottrinali	5
3. (Segue) La legittimazione ad agire	6
4. (Segue) L'interesse ad agire	10
5. Le condizioni dell'azione in materia di appalti	13

Capitolo secondo

IL BANDO DI GARA E LA SUA RILEVANZA IN TERMINI DI TUTELA DEI CONCORRENTI

1. Introduzione: tutela della concorrenza e del libero mercato	21
2. La procedura di evidenza pubblica: un breve cenno	24
3. Il bando di gara	27
4. (Segue) La natura giuridica del bando di gara	28
5. Impugnazione del bando di gara tra regola ed eccezioni	35
6. (Segue) Un po' di chiarezza: l'Adunanza Plenaria 29 gennaio 2003 n. 1	38
7. (Segue) <i>Repetita iuvant</i> : l'Adunanza Plenaria 26 aprile 2018 n. 4	40
8. Il rito super accelerato: cenni e rinvio	45

Capitolo terzo

STRUMENTI GIURISDIZIONALI A TUTELA DEI CONCORRENTI

1. Introduzione	47
2. Il rito appalti	52
3. Il rito super accelerato: una vita breve e confusa	56

4. (Segue) Genesi e <i>ratio</i>	57
5. (Segue) Questioni problematiche tra compatibilità interna e sovranazionale	59
6. (Segue) La giurisprudenza salva la norma	64
7. (Segue) Il legislatore interno successivamente la abroga: quali scenari?	66

Capitolo quarto

L'INTERESSE STRUMENTALE E LA SUA RILEVANZA NELLA GIURISPRUDENZA

1. Introduzione: il rito super accelerato nasce per arginare la prassi dei ricorsi incidentali reciprocamente escludenti	72
2. Interesse finale e interesse strumentale	74
3. (Segue) Interesse procedimentale: quale autonomia?	76
4. Il tormentato rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale: <i>excursus</i> giurisprudenziale	80
5. Adunanza Plenaria 11 maggio 2018 n. 6	87
6. Corte di Giustizia 5 settembre 2019	91

Capitolo quinto

IL PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA TRA ESIGENZE DI CELERITÀ E GARANZIE INDIVIDUALI

1. Giurisdizione soggettiva e giurisdizione oggettiva	96
2. Effettività della tutela e giusto processo	101
3. Quale effettività? Osservazioni conclusive	103
4. <i>Post-scriptum</i> : gestione dell'emergenza epidemiologica e garanzie individuali	108
Bibliografia	113
Giurisprudenza	129

Capitolo primo

IL PROCESSO AMMINISTRATIVO E L'ACCESSO ALLA GIUSTIZIA: LE CONDIZIONI DELL'AZIONE

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Condizioni dell'azione e disciplina processuale nelle elaborazioni dottrinali. - 3. (Segue) La legittimazione ad agire. - 4. (Segue) L'interesse ad agire. - 5. Le condizioni dell'azione in materia di appalti.

1. La tutela giurisdizionale è garantita nel nostro ordinamento dai principi costituzionali di cui agli articoli 24, 101, 102, 104, 111, 113 Cost.

In particolare, nella definizione del sistema di accesso alla tutela giurisdizionale, gli articoli 103 e 113 Cost., letti congiuntamente all'art. 24 co.1, assicurano una tutela giurisdizionale anche a fronte di una lesione derivante da atti della pubblica amministrazione garantendo quella che, secondo la celebre definizione di Spaventa¹, rappresenta la "giustizia nell'amministrazione".

Il sistema di tutela processuale amministrativa è improntato al principio del giusto processo, come espressamente sancito dall'art. 2 c.p.a.², in conformità all'art. 111 Cost.³ e ai principi sovranazionali, tra cui l'art.6 Cedu⁴. Il processo amministrativo attua, quindi, i principi della parità delle parti, del contraddittorio, della ragionevole durata del processo e si fonda sul principio della domanda e, conseguentemente, sul principio dispositivo.

Il processo amministrativo è un processo di parti⁵ che prende avvio su iniziativa di una parte e si conclude se le parti lo richiedono.

¹ Si fa riferimento al discorso tenuto da Silvio Spaventa il 7 Maggio del 1880 (secondo alcune fonti il 6 maggio 1880) presso la sede dell'Associazione costituzionale di Bergamo.

² Art. 2 c.p.a.: «Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'articolo 111, primo comma, della Costituzione. Il giudice amministrativo e le parti cooperano per la realizzazione della ragionevole durata del processo».

³ Per quanto di interesse, si riportano solo i primi due commi dell'art. 111 Cost. «La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata[...]».

⁴ Anche in questo caso, si cita solo la parte dell'art. 6 Cedu utile ai nostri fini: «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti [...]».

⁵ Sul tema C. Contessa, *Tendenze evolutive del processo amministrativo tra disponibilità delle parti e controllo della legalità*, in *Giustamm.it*, 5, 2008; 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 *Giustamm.it*, 3, 2010; G. Rossi, *L'incertezza sui principi del processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 12, 2010.

Ciò si desume nello specifico dal principio della domanda che, mutuato dall'art. 112 c.p.c. e riprodotto dall'art. 34 c.p.a., nel disciplinare i poteri del giudice a seguito dell'accoglimento della domanda, espressamente stabilisce che costui si pronunci nei limiti della stessa, realizzando una corrispondenza tra chiesto e pronunciato e scongiurando il rischio di pronunce *ultrapetita* o *infrapetita*, svincolate dalla sussistenza di un interesse effettivo da parte del ricorrente. Questa regola rappresenta una delle applicazioni del principio dispositivo delle parti, consentendo alle stesse di delimitare l'oggetto del giudizio - con possibilità di ampliarlo successivamente mediante la proposizione di ricorso incidentale - e di dare impulso al processo.

Il principio dispositivo è anche alla base della fase di istruzione probatoria. Secondo quanto disposto dall'art. 64 c.p.a., infatti, spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità, riguardanti i fatti posti a fondamento delle rispettive domande ed eccezioni. La stessa norma aggiunge, altresì, che il giudice debba porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonché i fatti non specificamente contestati dalle parti costituite, salvi i casi previsti dalla legge. Si precisa, inoltre, che il giudice amministrativo possa disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione delle informazioni e dei documenti che siano utili ai fini della decisione e siano nella disponibilità della p.a. e che la valutazione delle prove sia effettuata secondo il suo prudente apprezzamento, potendo desumere argomenti di prova anche dal comportamento complessivo delle parti.

L'analisi della norma consente di evidenziare la peculiarità del processo amministrativo, in cui al principio dispositivo delle parti si affianca un metodo acquisitivo da parte del giudice, finalizzato ad assicurare una parità delle parti e a garantire una simmetria tra le stesse. L'asimmetria ontologica che sussiste tra soggetto pubblico e soggetto privato si riflette, infatti, sovente sulla disponibilità delle prove, spesso inaccessibili al ricorrente poiché detenute dalla stessa p.a. parte resistente. In tali casi soccorre, quindi, la previsione normativa che consente al giudice di acquisire d'ufficio gli elementi utili ai fini del giudizio, purché il privato abbia fornito al riguardo un principio di prova. Si riconosce, cioè, al giudice un ruolo suppletivo per assicurare anche sul piano probatorio la parità delle parti. Da ciò consegue che la possibilità di beneficiare del metodo acquisitivo non possa, però, spingersi sino a sopperire alle mancanze delle parti che per negligenza abbiano omissso di considerare alcuni elementi di prova necessari, traducendosi in un vantaggio ingiustificato per il ricorrente.

Il rapporto giuridico processuale⁶ è autonomo rispetto al rapporto giuridico sostanziale a esso sotteso e si sostanzia nel diritto dell'attore a ottenere tutela giurisdizionale. Per poter validamente accedere alla tutela giurisdizionale è, però, necessario che le parti detengano quelle che comunemente sono definite condizioni dell'azione.

⁶ Come è noto, la categoria del rapporto giuridico processuale è stata elaborata dalla dottrina tedesca della seconda metà dell'800.

2. Il processo amministrativo richiede che le parti siano titolari di una posizione soggettiva qualificata, tale da legittimare la proposizione del ricorso in giudizio⁷. Tale requisito, definito legittimazione a ricorrere, unitamente all'interesse a ricorrere, rientra nelle c.d. condizioni dell'azione, ossia gli elementi che attengono alla titolarità della posizione giuridica sostanziale della quale si chiede la tutela giurisdizionale.

Le condizioni dell'azione si distinguono dai presupposti processuali⁸: questi ultimi sono, infatti, elementi estrinseci rispetto al contenuto della domanda che devono sussistere prima e indipendentemente da essa, mentre le condizioni dell'azione sono elementi ad essa interni poiché inerenti al suo contenuto. Caratteristica comune è, invece, quella di condizionare la possibilità che il processo giunga a una pronuncia sul merito, poiché in loro assenza il giudice deve dichiarare l'inammissibilità della domanda o la sua incompetenza. Secondo la giurisprudenza, inoltre, tale assenza è rilevabile anche d'ufficio in ogni grado e stato del processo, salvo le eccezioni stabilite dalla legge. La principale differenza che sussiste tra i presupposti processuali e le condizioni dell'azione è, però, che mentre i primi consentono che si instauri validamente quel determinato processo, le condizioni dell'azione afferiscono alla pretesa sostanziale sottesa; per questo motivo, può evidenziarsi come la mancanza di tali condizioni, impinga sulla possibilità di addivenire a una pronuncia sul merito anche in un altro processo⁹.

Le condizioni dell'azione mutuata dalla disciplina processual-civilistica, secondo la tradizione chiovendiana¹⁰ sarebbero tre: la *legitimatō ad causam*, l'interesse ad agire e l'esistenza di un diritto vantato¹¹. Tuttavia, la dottrina maggioritaria tende a ripudiare tale classificazione, tendendo a preferire una formulazione bipartita poiché, mentre in tutte le tipologie di giurisdizione amministrativa - sia essa di legittimità, esclusiva e di

⁷ Secondo P. Biavati, *Argomenti di diritto processuale civile*, Bononia University Press, Bologna, 2011, p. 27, infatti «la più solenne proclamazione di diritti operata dal legislatore – fosse anche a livello costituzionale – rimarrebbe lettera morta, ove in concreto fosse escluso o reso particolarmente arduo ai titolari di tali diritti l'accesso a un giudice in grado di tutelarli efficacemente».

⁸ I presupposti processuali del ricorso sono la capacità a essere parte nel processo, la capacità processuale, il rispetto del contraddittorio. Secondo una nozione più ampia, invece, tra i presupposti processuali figurano anche la giurisdizione e la competenza del giudice.

⁹ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 854.

¹⁰ Originariamente la questione della legittimazione era ignorata dai trattati processual-civilistici. P.S. Mancini, G. Pisanelli, A. Scaloja, *Commentario del codice di procedura civile degli stati sardi*, II, Utet, Torino, 1861, p. 67, ad esempio, sostenevano che «se il diritto che forma oggetto del litigio non appartiene all'attore, egli è evidente che manca il fondamento stesso dell'azione la quale non è altro che la facoltà di sperimentare un diritto in giudizio». È, invece, grazie al contributo di G. Chiovenda che si è registrata una svolta significativa sugli studi sul processo. Egli per primo ha posto il problema della distinzione e della formulazione di un'autonoma questione di legittimazione, v. G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, (1923), rist., Jovene, Napoli, 1980, p.150 ss.

¹¹ Tale requisito viene anche definito con un'accezione prevalentemente teorica, come “possibilità giuridica”, intesa come esistenza di una norma che preveda in astratto il diritto che si vuole far valere a prescindere dalla sua sussistenza nella fattispecie concreta.

merito - si rinvencono la *legitimatio ad causam* e l'interesse al ricorso, la terza condizione¹² muta a seconda del tipo di giudizio.

L'impostazione processual-civilistica delle condizioni dell'azione è estendibile al processo amministrativo in virtù del rinvio esterno contenuto nell' art. 39, co.1, c.p.a.¹³ che rende applicabili al processo dinanzi al giudice amministrativo la disciplina del codice in quanto compatibile.

Secondo un'autorevole dottrina¹⁴ le condizioni dell'azione nel processo amministrativo possono essere distinte in condizioni di carattere soggettivo e di carattere oggettivo. In base a questa prospettazione, le condizioni soggettive sarebbero la legittimazione ad agire e contraddire e l'interesse a ricorrere; quelle oggettive, invece, l'esistenza di un provvedimento impugnabile e la circostanza che il suddetto provvedimento rientri nella giurisdizione del giudice adito.

Minoritaria è, invece, la dottrina che assume legittimazione ed interesse processuale assorbite nella struttura del diritto d'azione e non come condizioni dell'azione. Nello specifico, tale impostazione si regge sull'idea che la protezione costituzionale del diritto di azione racchiuda in sé legittimazione ed interesse processuale, in una prospettiva che, assorbendo le «condizioni dell'azione» all'interno della nozione stessa di diritto di azione, escluda limitazioni arbitrarie all'accesso alla tutela, lasciate alla considerazione discrezionale del giudice¹⁵.

Condividendo la tesi tradizionale che annovera tra le condizioni dell'azione la legittimazione ad agire e l'interesse ad agire, si procederà all'esame dei suddetti requisiti dapprima isolatamente per poi calarle all'interno della disciplina degli appalti pubblici.

Il dato fondamentale da cui occorre partire è, in ogni caso, che per ottenere tutela giurisdizionale è necessario che la legittimazione ad agire e l'interesse ad agire esistano al momento della proposizione del ricorso e permangano fino a quello della decisione.

3. In generale, la legittimazione è considerata un requisito di validità degli atti giuridici¹⁶. I criteri di legittimazione, invece, consentono di individuare il soggetto che può compiere o ricevere un determinato atto giuridico.

¹² Come evidenzia G. Leone, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Cedam, Vicenza, 2017, nella giurisdizione di legittimità tale condizione è rappresentata dall'esistenza di un provvedimento amministrativo impugnabile, nella giurisdizione esclusiva essa può derivare dalla posizione giuridica lesa, nella giurisdizione di merito può consistere nell'esistenza di un provvedimento impugnabile, nella posizione giuridica lesa così come può mancare del tutto.

¹³ Art. 39 c.p.a.: «Per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali».

¹⁴ E. Casetta, *op. ult. cit.*, p. 872.

¹⁵ Così L. R. Perfetti, *Legittimazione e interesse a ricorrere nel processo amministrativo: il problema delle pretese partecipative (*)*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2009, p. 688 ss.

¹⁶ F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, 3 ed., Soc. ed. del Foro italiano, Roma, 1951, p. 238 ss.; P. Rescigno, voce *Legittimazione (diritto sostanziale)*, in *NSS. D.I.*, XI, Torino, 1963, p. 716 ss.; A. Di Majo, voce *Legittimazione negli atti giuridici*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, p. 52 ss.

È, tuttavia, controversa la possibilità di adottare una definizione univoca di legittimazione in ogni settore del diritto. In ambito processuale, ad esempio, è possibile invocare in relazione agli atti di parte diverse nozioni di legittimazione: si definisce *legitimatio ad processum*, la legittimazione processuale finalizzata a individuare il soggetto capace di compiere gli atti di parte. Da tale nozione si distingue la legittimazione ad agire, contraddire e intervenire in giudizio, che ha per oggetto l'attività di impulso processuale mediante la quale si chiede tutela giurisdizionale e si esercita l'azione. La legittimazione assume, pertanto, in questa accezione una connotazione funzionale: è direttamente collegata allo scopo attribuito alla tutela giurisdizionale e, di conseguenza, a quello al quale è preordinato l'esercizio dell'azione¹⁷.

Il requisito della legittimazione ad agire è stato per tempo legato al dibattito insorto nella dottrina processual-civilistica sulla teoria dell'azione.

Secondo una risalente impostazione, infatti, l'azione costituiva un diritto autonomo ed esistente a monte, a prescindere dalla sussistenza di una posizione soggettiva a valle. Secondo questa prospettiva, cioè, l'unico presupposto della pronuncia giudiziale era il diritto di esercitare l'azione per ottenere una sentenza, diritto invocabile da chiunque e in relazione a qualsiasi tipo di pronuncia, non necessariamente di merito¹⁸. La legittimazione ad agire si svuotava, pertanto, di «ogni peso e rilevanza» riducendosi a una mera «legittimazione di fatto»¹⁹ e astraendosi dal diritto sostanziale.

In antitesi a tale impostazione vi era, invece, chi rivendicava la necessaria titolarità della posizione soggettiva, riconoscendo la legittimazione solo a chi fosse titolare del diritto vantato. Anche in questo caso, però, si veniva a creare un dualismo²⁰ tra diritto sostanziale e azione che privava la legittimazione di una reale consistenza.

L'istituto della legittimazione ha avuto un suo riconoscimento autonomo a seguito della concretizzazione della teoria astratta dell'azione mediante la quale si è tentato, «pur restando nell'ambito dell'astrazione, di riempirla e di darle contenuto concreto con un collegamento, una coordinazione dell'azione alla ragione sostanziale nella domanda, in forma di ragione o di affermazione, e quindi come elemento essenziale di essa»²¹. Oggi si ritiene che la necessità del requisito della legittimazione ad agire sia

¹⁷ G. Costantino, voce *Legittimazione ad agire*, in *Enc. Giur. Trecc*, XXI, Roma, 1990, 1. L'A. rileva come ciò risulti imprescindibile poiché, diversamente, una questione di legittimazione non potrebbe neppure essere formulata: «se l'ordinamento considerasse irrilevanti i fini della tutela giurisdizionale e se questi si riducessero al mero mantenimento della pace sociale, sarebbe inutile chiedersi se i soggetti coincidono o no con le giuste parti e con le parti legittime».

¹⁸ U. Rocco, *La legittimazione ad agire*, Ferraiolo, Roma, 1929, pp. 21 e 46.

¹⁹ F. Carnelutti, *Diritto e processo*, Morano, Napoli, 1958, p. 110; G. Tomei, voce *Legittimazione ad agire*, in *Enc. Giur. dir.*, XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, p. 67.

²⁰ S. Satta, *Variazioni sulla legittimazione ad causam*, in *Riv. Trim. proc. Civ.*, 1967, p. 638.

²¹ G. Tomei, *cit.*, p. 68.

cristallizzata nell'art. 24 Cost.²² e nell'art. 81 c.p.c.²³, disposizioni senz'altro estendibili anche alla tutela amministrativa.

Con riguardo al processo amministrativo, la legittimazione ad agire (*rectius* a ricorrere) è stata, altresì, condizionata dal peculiare rapporto che sussiste tra disciplina sostanziale e disciplina processuale e dalla controversa consistenza dell'interesse protetto.

In questo senso, la legittimazione *ad causam* viene individuata nella titolarità di una posizione giuridica esterna al giudizio, qualificata, distinta dal *quisque de populo* e riferita a un destinatario individuato²⁴, rispetto alla quale l'ordinamento si premura di garantire una tutela giurisdizionale. Per tale ragione non sono, invece, tutelabili gli interessi di fatto o i cd. meri interessi, per loro natura privi di quella rilevanza giuridica cui l'ordinamento subordina l'accesso alla tutela giurisdizionale, salvo le ipotesi disciplinate dalla legge²⁵. Allo stesso modo, non sono di norma ammissibili nel processo amministrativo le legittimazioni anomale²⁶, volte ad attribuire a un soggetto diverso dal portatore il diritto all'azione, sulla base della titolarità di un interesse qualificato inciso dal provvedimento di cui si chiede la caducazione.

In questo senso, la titolarità della situazione sostanziale si riflette sul piano processuale e legittima la proposizione in giudizio del ricorso. La legittimazione ad agire rappresenterebbe perciò, secondo una parte della dottrina, la titolarità dell'azione²⁷.

Tuttavia, è importante precisare che per essere legittimati a ricorrere nel processo amministrativo non è sufficiente la mera affermazione della titolarità della pretesa sostanziale, a differenza di quanto avviene nel processo civile, ma è necessaria una verifica della effettiva titolarità²⁸. La differenza rispetto al diritto civile sta nel fatto che mentre nel processo civile il riconoscimento della titolarità del diritto coincide con la verifica della fondatezza della domanda, che sarà respinta nel merito poiché infondata se l'attore non è realmente titolare della posizione fatta valere, nel giudizio amministrativo l'esito non è determinato dalla titolarità della posizione giuridica

²² Art. 24 co. 1 «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi».

²³ Art. 81 c.p.c. «Fuori dai casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui».

²⁴ In questi termini, C.E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2018.

²⁵ Vi sono, infatti, delle ipotesi di legittimazione *ex lege* volte a evitare lacune nella protezione di alcuni interessi. Tali ipotesi sono, ad esempio, costituite dall'art. 18 L. 349/1986 in materia di ambiente; dall'art. 139 D.lgs. n. 206/2005 in tema di disciplina dei consumatori; dall'art. 21-bis L. 287/1990 in tema di concorrenza e mercato; dall'art. 211 D.L.gs. n. 50/2016 sulla legittimazione dell'ANAC nelle procedure di evidenza pubblica. Da esse si distinguono le c.d. azioni popolari in cui la legittimazione ad agire spetta a una cerchia molto ampia di soggetti. Sul tema *infra*, § 5.

²⁶ V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, Torino, 1988, p. 481.

²⁷ In questi termini R. Villata, voce *Legittimazione processuale. II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 2.

²⁸ A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 194.

sostanziale ma dall'illegittimità del provvedimento impugnato, che a sua volta concretizza la lesione, giustificando la fondatezza della domanda²⁹.

In quest'ultimo caso, quindi, il giudice amministrativo che accerti la insussistenza della titolarità, dichiarerà il ricorso inammissibile e non già infondato³⁰.

Si deve ad A.M. Sandulli³¹, l'evidenziazione della rilevanza della distinzione tra l'affermazione della titolarità dell'interesse sostanziale, costituente il requisito per la proponibilità del ricorso in giudizio, e l'effettiva appartenenza di tale interesse al ricorrente, che determina la legittimazione a ottenere una pronuncia nel merito. Tale distinzione³² riflette la differenza tra legittimazione come presupposto processuale e legittimazione quale condizione dell'azione e giustifica l'esigenza che il ricorrente sia effettivamente titolare della posizione giuridica sostanziale affermata. La giurisprudenza tende spesso a confondere i due istituti, sebbene essi siano concettualmente e ontologicamente distinti tra loro. Il primo, infatti, implica la capacità di agire della parte e, cioè, di stare in giudizio e compiere validamente tutti gli atti processuali necessari. Il secondo, invece, comporta la titolarità di una situazione di vantaggio tutelabile in giudizio.

Come affermato dalla più risalente dottrina, sussiste un rapporto tra interesse legittimo, legittimazione a ricorrere e interesse processuale, tanto sul piano logico quanto su quello ontologico e storico. Tale rapporto è relativo perché dipende dall'evoluzione registratasi con riguardo alla giustizia amministrativa e dall'emersione delle nuove esigenze politico-sociali. A ben vedere, però, non è soltanto il rapporto tra tali elementi a essere relativo ma anche ognuno di essi isolatamente considerato. Tra tutti, ovviamente, la figura dell'interesse legittimo³³, sulla quale si sono consumati fiumi di inchiostro e pronunciati i più grandi Maestri del diritto, sostenitori di molteplici scuole di pensiero prima di convergere sulla concezione sostanziale e normativa³⁴. Ma l'interesse al ricorso non è da meno, considerato che, nella sua versione più ampia, si proietta in una nozione indefinita in cui l'unico punto fermo è rappresentato dal

²⁹ R. Villata, *cit.*, p. 2.

³⁰ Come evidenzia R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 1251, in questo modo la pronuncia di inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione a ricorrere non è solo una pronuncia di rito ma comporta un accertamento negativo di una posizione soggettiva di rilevanza sostanziale

³¹ A.M. Sandulli, *Il giudizio avanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Morano, Napoli, 1963, p. 210.

³² Per la differenza tra legittimazione-condizione dell'azione e legittimazione-presupposto processuale, A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Jovene, Napoli, 1989, p. 1216.

³³ Per anni si è dibattuto in ordine alla natura giuridica dell'interesse legittimo, alternativamente definito come interesse di fatto occasionalmente protetto, come mero interesse processuale o, ancora, come interesse al rispetto della legalità dell'azione amministrativa. Per un approfondimento si rimanda a F. Bellomo, *Nuovo sistema del diritto Amministrativo*, vol. 3, Diritto e Scienza, Bari, 2013, p. 16.

³⁴ La teoria normativa elaborata dal Nigro e poi recepita dalla giurisprudenza, valorizza la posizione soggettiva qualificata e presa in considerazione dalla norma attributiva del potere, differenziata dall'interesse del *quisque de populo*. Sul punto si rinvia più diffusamente a M. Nigro, *Ma cos'è questo interesse legittimo? Vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, V, 1987, p. 469.

vantaggio, anche puramente morale, che il ricorrente si ripromette di ricavare dalla caducazione dell'atto impugnato³⁵.

4. Identificata la legittimazione ad agire come titolarità dell'interesse sostanziale, è evidente la sua autonomia³⁶ rispetto all'interesse ad agire, ben potendo accadere che il soggetto, titolare della posizione in questione, non tragga alcuna utilità dal ricorso.

L'interesse ad agire è espressamente codificato all'art. 100 c.p.c.³⁷. Tale norma implica che per la proposizione di una domanda in giudizio il ricorrente debba vantare un concreto ed effettivo beneficio o utilità³⁸ dall'accoglimento del ricorso. Si tratta, tuttavia, di un vantaggio considerato in senso ampio, ben potendo essere anche soltanto di carattere morale, ovvero assumere una connotazione di tipo strumentale³⁹.

Nello specifico, l'interesse ad agire (o che dir si voglia, a ricorrere) deve possedere determinate caratteristiche.

Deve essere innanzitutto personale. Ciò implica che ciascun soggetto possa promuovere ricorsi concernenti solo la propria posizione giuridica e non quella di altri soggetti⁴⁰, neppure se legati da vincoli strettissimi⁴¹. La personalità sussiste, infatti,

³⁵ In questi termini R. Ferrara, *Interesse e legittimazione al ricorso*, in *Digesto nelle discipline pubbl.*, VIII, Utet, Torino, p. 477.

³⁶ Più discussa è, invece, la situazione opposta, ovvero sia la possibilità di ritenere valide le ipotesi in cui vi sia un interesse al ricorso da parte di soggetti privi della necessaria legittimazione. La soluzione al quesito dipende dal modo in cui si concepisce l'interesse processuale: se, cioè, esso è identificato con la lesione dell'interesse protetto o meno. Come evidenzia R. Villata, *cit.*, p. 3, solo nella seconda ipotesi e, in particolare, se si sostiene che l'interesse ad agire consista nel vantaggio derivante dall'accoglimento del ricorso collegato "sì a una precedente lesione ma della sfera patrimoniale o morale del soggetto e non necessariamente dell'interesse protetto", allora sembra ipotizzabile la sussistenza dell'interesse ad agire anche in carenza di legittimazione.

³⁷ Art. 100 c.p.c.: «Per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse».

³⁸ Secondo P. Virga, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 243, l'indagine circa la sussistenza di un interesse al ricorso comporta una duplice verifica: la presenza di un'effettiva lesione della sfera patrimoniale o morale e l'esistenza di un vantaggio conseguibile attraverso la pronuncia giudiziale richiesta.

³⁹ Come sostiene R. Villata, voce *Interesse ad agire*, II) Diritto processuale amministrativo, in *Enc. Giur. Trecc.*, XIX, Roma, 1990., p. 3, è sufficiente, cioè, che a seguito dell'eventuale decisione di annullamento, la P.A. sia costretta a riprendere in esame la situazione per provvedere nuovamente anche senza garanzia di risultato, essendo possibile l'emanazione di un atto di contenuto identico a quello annullato. Sul punto *infra* § 4.

⁴⁰ Questione problematica è quella concernente la tutela dei c.d. interessi diffusi ovvero quella relativa alla legittimazione da parte di enti e organizzazioni volte a far valere non solo interessi propri ma anche quelli del gruppo di associati la cui tutela costituisce il loro fine istituzionale. G. Mannucci, voce *Legittimazione e interesse a ricorrere* (dir. amm.), in *Enc. Giur. Trecc. on line*, 2018, ritiene che in queste ipotesi da un lato si ammette che l'esclusivo fattore di legittimazione sia l'interesse al ricorso e, dall'altro, ci si concentra sulla individuazione dei soggetti, di norma collettivi, legittimati a far entrare quegli interessi in giudizio. Sul tema si veda anche M. Interlandi, *Brevi riflessioni sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di ampliamento della legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 1, 2007.

⁴¹ In realtà è discusso se il problema relativo alla possibilità di esperire ricorsi a tutela di interessi diffusi o collettivi investa l'interesse al ricorso ovvero, più propriamente, la legittimazione al ricorso e, cioè, l'individuazione del soggetto legittimato ad agire in giudizio perché, come sostiene R. Villata, *Interesse*

quando il vantaggio conseguibile attiene alla sfera giuridica del ricorrente in via immediata.

L'interesse deve, poi, essere diretto.

Tale requisito è stato interpretato in una duplice prospettiva: secondo una parte della dottrina⁴², infatti, esso si riferirebbe al rapporto con l'interesse leso; secondo altri⁴³, invece, alla lesione derivante in via immediata dal provvedimento impugnato. In questo senso, quindi, la qualifica «diretto» esprimerebbe⁴⁴ il rapporto di causalità che deve intercorrere tra atto e interesse per poter impugnare l'atto medesimo.

L'interesse deve, altresì, essere attuale⁴⁵, non potendo riferirsi a lesioni giuridiche passate o future.

Esso deve, infine, essere concreto, ovverosia collegato all'utilità effettiva che il ricorrente intende conseguire dall'accoglimento del ricorso, non potendo invece consistere in un mero e astratto interesse. In questa prospettiva, l'utilità si collega alle conseguenze tipiche del giudicato amministrativo e, quindi, ai suoi effetti demolitori, ripristinatori e conformativi. In tal senso, l'interesse a ricorrere sussiste quando non vi sono ragioni che escludano il conseguimento dell'utilità finale che il ricorrente persegue da un'eventuale sentenza di accoglimento⁴⁶. La verifica dell'interesse a ricorrere si svolge dunque in negativo⁴⁷ poiché essa non ricerca i vantaggi dell'eventuale sentenza di accoglimento, bensì registra i casi nei quali è certo che nessun vantaggio può essere tratto dalla sentenza.

La centralità dell'interesse al ricorso nelle elaborazioni teoriche processuali ha sovente messo in luce il rischio di una tendenza alla oggettivizzazione del processo amministrativo⁴⁸, in cui l'oggetto del processo si smaterializza nell'obiettiva questione di legittimità del provvedimento amministrativo impugnato. In realtà, tale tendenza, in contrapposizione alla caratteristica di forte soggettivizzazione che ha conosciuto il

ad agire, cit., p. 4, non si tratta di accertare se dal ricorso possa o meno derivare una qualche utilità ma se sussista un collegamento rilevante tra siffatta utilità ed il ricorrente.

⁴² Ad esempio O. Ranelletti, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1937, p. 210; U. Borsi, *La giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1941, p. 263; R. Alessi, *Principi di diritto amministrativo*, II, Giuffrè, Milano, 1971, p. 788.

⁴³ M.S. Giannini, *La giustizia amministrativa*, Ed. dell'Ateneo, Roma, 1959, p. 196; G. Landi- G. Potenza, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 703; V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, Torino, 1988, p. 447.

⁴⁴ Così in F. Satta, *Principi di giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1978, p.109.

⁴⁵ Di contrario avviso E. Guicciardi, *Studi di giustizia amministrativa*, Utet, Torino, 1967, secondo il quale solo l'attualità della lesione rappresenterebbe l'elemento autenticamente strutturale e costitutivo dell'interesse processuale, essendo invece irrilevante che la lesione sia anche personale e diretta.

⁴⁶ F. Trimarchi Banfi, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2017, 3, p. 771.

⁴⁷ A. Travi, *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 200.

⁴⁸ Alb. Romano, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150 anniversario dell'istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, p. 143 ss.

processo amministrativo⁴⁹, ha semmai aperto la strada a una concezione multipla dell'oggetto del processo amministrativo, assumendo una fisionomia marcatamente soggettivistica ma, al contempo, forma e contenuto tendenzialmente oggettivi⁵⁰.

Sebbene alcune risalenti impostazioni⁵¹ tendano a ritenere superfluo e marginale il requisito dell'interesse al ricorso, è sempre più evidente che esso costituisca, in realtà, il fattore autenticamente dinamico e innovativo del giudizio amministrativo⁵².

La natura dinamica dell'interesse a ricorrere distingue⁵³ quest'ultimo dall'interesse legittimo che ha, invece, natura statica. Questo perché mentre il primo deve essere presente durante tutto il corso del processo, il secondo preesiste rispetto ad esso.

Appurata l'autonomia⁵⁴ dei due interessi, la dottrina ha, però, spesso mostrato incertezze nella definizione dei reciproci rapporti⁵⁵. Più nel dettaglio, se da un lato non si è mai dubitato dell'esistenza di un interesse sostanziale pur in assenza di un interesse al ricorso, si è spesso esclusa l'ipotesi inversa, ritenendo⁵⁶ che l'interesse al ricorso presupponga l'esistenza di un interesse legittimo «poiché se interesse a ricorrere significa vantaggio derivante dall'annullamento dell'atto, è logico che vi sia stato uno svantaggio a causa della sua emanazione»⁵⁷.

L'accertamento dell'esistenza di un interesse sostanziale va effettuato in astratto al fine di verificare se il ricorrente sia effettivamente titolare di una posizione giuridica qualificata, che gli consenta di far valere l'illegittimità dell'atto impugnato. Successivamente bisogna in concreto stabilire se dall'atto impugnato il ricorrente abbia

⁴⁹ Sulla concezione di giurisdizione soggettiva e oggettiva e sulle ricadute nel processo amministrativo in tema di tutela delle parti in giudizio, più diffusamente § 5.

⁵⁰ Così in Alb. Romano, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 124 ss.; G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 95.

⁵¹ Sul tema A. Attardi, *L'interesse ad agire*, Cedam, Padova, 1955; V. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1988, p. 97 ss.

⁵² In questi termini R. Ferrara, *cit.*, p.479.

⁵³ Di contrario avviso è L. Migliorini, *Ancora su interesse legittimo e interesse a ricorrere*, in *Foro amm.*, 1981, I, secondo il quale l'interesse sostanziale e l'interesse processuale si sovrappongono, considerato che l'insussistenza del vantaggio concreto comporta in realtà l'assenza dell'interesse legittimo.

⁵⁴ Non conforme C. Criscenti, *Il futuro del passato interesse a ricorrere*, in *Giustamm.it*, 12, 2005, p. 4, secondo la quale «I due momenti, quello sostanziale e quello processuale, come sospinti da un vorticoso moto circolare che non consente più di stabilire quale precede e quale segue, hanno finito per sovrapporsi fino a confondersi», spostando pertanto l'attenzione dall'utilità come condizione dell'azione all'utilità come effetto dell'azione e lasciando l'azione nel suo sorgere avvinta solo all'interesse sostanziale.

⁵⁵ *Ex multis* E. Garbagnati, *La giurisdizione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 62 ss.; F. Bartolomei, *In tema di interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, I, 1957, 4, p. 81; E. Morone, *Sulla distinzione tra interesse a ricorrere e interesse oggetto del ricorso*, in *Giur. it.*, III, 1964, p. 114.

⁵⁶ P. Bodda, *Interesse a ricorrere e interesse legittimo*, in *Foro amm.*, I, 1, 1935, p. 51.

⁵⁷ S. Cassarino, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1956, p. 331.

subito un pregiudizio e se dalla sentenza favorevole costui possa ricavare un vantaggio⁵⁸.

5. Sulla base di tali premesse storiche si è sviluppato il moderno diritto processuale amministrativo, nell'ambito del quale ha trovato spazio una riflessione sulle condizioni dell'azione più attenta rispetto al passato alla distinzione tra legittimazione sostanziale e interesse processuale.

La rilevanza autonoma delle suddette condizioni dell'azione comporta che dall'esistenza dell'una non discende l'automatica sussistenza dell'altra, poiché i due accertamenti si muovono su piani diversi e hanno oggetti materialmente diversi.

Le categorie tradizionali hanno trovato applicazione pacifica nel campo dei contratti pubblici, settore che si è reso paradigmatico della loro applicazione pratica. Ciò è dovuto, inoltre, alle molteplici novità normative e giurisprudenziali che hanno riguardato la disciplina degli appalti pubblici, coinvolgendo e stravolgendo alcuni istituti tradizionali al punto da aver messo in discussione la loro compatibilità con il sistema processuale.

La premessa dalla quale non si può prescindere è, però, l'evoluzione del sistema processuale avvenuta nell'ultimo decennio che, a partire dall'introduzione del codice del processo amministrativo⁵⁹, ha consacrato taluni principi fondamentali e al tempo stesso ha ampliato notevolmente i confini della tutela processuale amministrativa, conferendo al giudice amministrativo più ampi poteri mediante la codificazione di nuove tecniche di tutela in aggiunta a quelle tradizionali.

In materia di appalti pubblici il legislatore ha gradatamente definito in maniera analitica l'accesso alla giustizia sebbene, nonostante i plurimi interventi legislativi in materia, restino irrisolti alcuni problemi di grande impatto sul sistema, ai quali la giurisprudenza nazionale e sovranazionale, pur con diverse incertezze, ha cercato e cerca tuttora di dare risposta.

Ad esempio, in materia di legittimazione a ricorrere, la tesi prevalente ritiene che l'impugnazione avverso gli atti della procedura di gara possa essere esperita soltanto dall'operatore economico che abbia ad essa legittimamente partecipato presentando un'offerta. Solo la partecipazione alla procedura, infatti, sarebbe in grado di

⁵⁸ In questi termini M. Silvestri, *Le condizioni dell'azione*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 3, 2017, p. 927 ss., il quale specifica che «prima» deve esistere una posizione sostanziale, che fonda la legittimazione al ricorso e «poi» se ne deve verificare l'effettiva lesione e accertare che ad essa il provvedimento giurisdizionale richiesto possa porre un qualche rimedio.

⁵⁹ Sul tema R. Chieppa, *Il Codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2010; F. Astone, *Interesse pubblico, contratti delle pubbliche amministrazioni e tutela giurisdizionale: la prospettiva comunitaria (e quella interna, dopo il recepimento della direttiva ricorsi ed il Codice del processo amministrativo)*, in *Giustamm.it*, 4, 2011; F. Cintioli, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2012, p. 3 ss.; M. Ricciardo Calderaro, *L'intervento nel processo amministrativo: antichi problemi e nuove prospettive dopo il Codice del 2010*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2018, p. 341 ss.

differenziare la posizione del singolo imprenditore dalle altre imprese operanti sul mercato concorrenziale.

Una tesi minoritaria, sostenuta anche dalla giurisprudenza più recente, ha invece sostenuto che a talune condizioni sussiste la legittimazione a ricorrere avverso gli atti di gara anche da parte di un operatore che non abbia presentato alcuna offerta.

L'incertezza sul punto ha indotto la recente giurisprudenza ad affrontare a più riprese la tematica, sulla quale si sono pronunciati i più alti organi di giustizia nazionale ed europea.

Su tale questione, infatti, il Tar Liguria ha sollevato dapprima una questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Consulta e, in seguito, ha prodotto un'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia *ex art.* 267 TFUE. Incidentalmente si è, inoltre, pronunciata l'Adunanza Plenaria n. 4 del 2018.

Ma andiamo con ordine, al fine di analizzare la questione sollevata dalla giurisprudenza interna e risolta da quella della Corte costituzionale e, in seguito, come si dirà, della Corte di giustizia.

La questione originaria è sorta nell'ambito di un articolato contenzioso in cui il Tar Liguria, con ordinanza n. 64 del 21 gennaio 2016, ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 9, co.1, e 14, co.1, della legge della Regione Liguria 7 novembre 2013, n. 33 (Riforma del sistema di trasporto pubblico regionale e locale), nella parte in cui, rispettivamente, facevano coincidere con l'intero territorio ligure l'ambito territoriale ottimale per il trasporto pubblico regionale e locale e stabilivano che l'affidamento del relativo servizio avvenisse in un unico lotto⁶⁰. Successivamente all'ordinanza di rimessione è intervenuta la legge della Regione Liguria 9 agosto 2016, n. 19, che ha integralmente sostituito⁶¹ le norme censurate, sebbene senza conseguenze sull'esito del giudizio⁶².

⁶⁰ Secondo il giudice rimettente tali disposizioni «violerebbero l'art. 117, 1 co., lett. e) (*recte*: l'art. 117, 2 co., lett. e) e s) Cost. e il "divieto di legge-provvedimento", in quanto "le norme statali di riferimento" – ossia l'art. 3-*bis* D.L. 13 agosto 2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co.1, della legge 14 settembre 2011, n. 148, e l'art. 2, co. 1-*bis*, del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) – dettate nell'esercizio delle competenze esclusive della tutela della concorrenza e dell'ambiente, porrebbero su tali scelte una riserva di amministrazione. Le norme censurate, inoltre, violerebbero gli artt. 97 e 117, 1 e 2 co., lett. e), Cost., "in quanto contrastanti con le norme interposte" citate, poiché le decisioni di stabilire un ambito territoriale coincidente con l'intera Regione e di affidare la gara in un unico lotto sono sfornite di sufficiente istruttoria e motivazione.

⁶¹ Nello specifico, le nuove disposizioni non prevedono più per l'esercizio dei servizi di trasporto terrestre e marittimo un bacino ottimale su scala regionale, ma quattro ambiti territoriali omogenei coincidenti col territorio della Città metropolitana di Genova e degli enti di area vasta di Imperia, La Spezia e Savona. È stato, inoltre, eliminato il lotto unico.

⁶² Come da principio consolidato della Corte costituzionale, infatti, lo *ius superveniens* non impone la restituzione degli atti al rimettente quando ciò è ininfluenza per il giudizio *a quo* avente a oggetto la legittimità di provvedimenti amministrativi da valutare in base al principio *tempus regit actum*.

La Corte ha dichiarato inammissibile la questione per difetto di rilevanza, non sussistendo la legittimazione a ricorrere delle imprese che non hanno partecipato alla gara, cogliendo l'occasione per puntualizzare alcuni concetti fondamentali in tema di legittimazione a ricorrere nelle procedure di evidenza pubblica.

Più precisamente, il Giudice delle leggi con sentenza n. 245 del 5 ottobre 2016, ha ricordato come la giurisprudenza amministrativa⁶³ sia ferma nel ritenere che l'impresa che non partecipa alla gara non può contestare la relativa procedura e l'aggiudicazione in favore di imprese terze, poiché la sua posizione giuridica sostanziale non è sufficientemente differenziata ed è riconducibile a un mero interesse di fatto.

Le imprese ricorrenti, infatti, già affidatarie di servizi di trasporto pubblico su scala provinciale, non avevano preso parte alla gara informale bandita dall'amministrazione, limitandosi a impugnare l'avviso per l'individuazione degli operatori economici recante l'invito a presentare le manifestazioni d'interesse, nella parte in cui si disponeva l'affidamento su base regionale e in un lotto unico.

Salvo talune eccezioni⁶⁴ è, difatti, regola consolidata - ricavabile dall'applicazione dei principi generali in materia di legittimazione e interesse a ricorrere alle procedure di gara - che «i bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi a identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento e a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato»⁶⁵.

Il caso in esame, invece, non è compatibile con alcuna delle situazioni in cui la giurisprudenza riconosce la sussistenza della legittimazione a ricorrere anche in assenza della partecipazione alla procedura. La stessa motivazione dell'ordinanza di rimessione⁶⁶ non evidenzia, infatti, «alcun impedimento certo e attuale alla partecipazione alla gara, bensì la prospettiva di una lesione solo eventuale,

⁶³ *Ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 10 giugno 2016, n. 2507; Cons. Stato, sez. III, 2 febbraio 2015, n. 491; Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6048; Ad. plen., 27 gennaio 2002, n. 1, Foro it., 2004, III, p. 344, con nota di Montanaro; Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4 foro.it, III, 2011, p. 306, con nota di Sigismondi; Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9 in Foro it., III, 2014, p. 429, con note di A. Travi e G. Sigismondi.

⁶⁴ Per esempio, le ipotesi in cui si contesti che la gara sia mancata o, al contrario, che sia stata indetta ovvero in caso di clausole del bando immediatamente escludenti o che impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati o che rendano impossibile la stessa formulazione dell'offerta (Cons. Stato, sez. III, 10 giugno 2016, n. 2507; Cons. Stato, sez. V, 30 dicembre 2015, n. 5862; Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2015, n. 5181; Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4; Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9). In tali casi la domanda di partecipazione alla procedura non rileva ai fini dell'impugnazione perché emerge *ex se* una situazione giuridica differenziata ed una lesione attuale e concreta che giustifica la proposizione del ricorso.

⁶⁵ Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 29 gennaio 2003, n. 1. Sull'argomento e, più diffusamente, per un'indagine analitica della tutela avverso il bando di gara, *sub* § 2.

⁶⁶ Con cui il giudice rimettente afferma che le clausole impuginate inciderebbero sulle *chances* di aggiudicazione delle ricorrenti al punto che si ridurrebbero fin quasi ad azzerarsi, mentre, in presenza di una gara ridimensionata su base provinciale e suddivisa in lotti, esse avrebbero moltissime probabilità di aggiudicarsi il servizio, non fosse altro per effetto del vantaggio di essere state le precedenti gestrici dello stesso.

denunziabile da parte di chi abbia partecipato alla procedura ed esclusivamente all'esito della stessa, in caso di mancata aggiudicazione»⁶⁷.

Successivamente, all'esito dell'incidente di costituzionalità, il giudice rimettente ha nuovamente sottoposto tale diritto vivente a una verifica, ma questa volta della Corte di Lussemburgo. Il giudice *a quo*, infatti, non ha condiviso la soluzione espressa dalla Consulta, ritenendo che la stessa si basasse su di un'interpretazione «tale per cui sarebbe inammissibile il ricorso proposto dall'impresa che non ha partecipato alla gara quando sarebbe non solo assolutamente certo, ma anche solo altamente probabile che, per effetto della strutturazione della gara o della normativa di gara l'impresa stessa non potrebbe conseguire l'aggiudicazione, con evidenti conseguenze sull'effettività della tutela del diritto alla concorrenza». Il *vulnus* alla tutela deriverebbe, cioè, secondo il Tar Liguria dalla circostanza secondo la quale per poter agire in giudizio occorre partecipare alla gara corrispondendo rilevanti oneri anche nel caso in cui tale partecipazione sia del tutto inutile e le *chances* di aggiudicazione siano, fin dall'inizio, inesistenti o estremamente limitate.

A tal fine il Tar Liguria sez. II, con ordinanza 29 marzo 2017, n. 263, ha sollevato la seguente questione di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia⁶⁸:

Se gli artt. 1, parr. 1, 2 e 3, e l'art. 2, par. 1, lett. b), della direttiva n. 89/665 CEE, avente ad oggetto il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, ostino ad una normativa nazionale che riconosca la possibilità di impugnare gli atti di una procedura di gara ai soli operatori economici che abbiano presentato domanda di partecipazione alla gara stessa, anche qualora la domanda giudiziale sia volta a sindacare in radice la procedura, derivando dalla disciplina della gara un'altissima probabilità di non conseguire l'aggiudicazione.

La Corte, ripercorrendo le tappe fondamentali della normativa in materia di appalti ha ricordato come ai sensi dell'articolo 1, par. 3, della direttiva 89/665, gli Stati membri siano tenuti a garantire che le procedure di ricorso siano accessibili «per lo meno» a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle disposizioni nazionali che attuano tale diritto. Viene, comunque, specificato che gli Stati membri non sono tenuti a rendere dette procedure di ricorso accessibili a chiunque voglia ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico, avendo facoltà di esigere che la persona interessata sia stata o rischi di essere lesa dalla violazione denunciata. La

⁶⁷ C. Cost., 5 ottobre 2016. n. 245, in *giurcost.org*.

⁶⁸ Secondo quanto disposto dall'art. 267 TFUE, la questione di rinvio pregiudiziale è lo strumento attraverso il quale il giudice nazionale, in conformità al principio di primazia del diritto dell'Unione, può rimettere al supremo organo di giustizia europeo una questione concernente: a) l'interpretazione dei trattati; b) la validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione.

partecipazione a un procedimento di aggiudicazione di un appalto può, quindi, in linea di principio validamente costituire una condizione che deve essere soddisfatta per far sì che il soggetto coinvolto abbia interesse all'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi o rischi di subire un danno a causa dell'asserita illegittimità della decisione di aggiudicazione. Se non ha presentato un'offerta tale soggetto difficilmente può dimostrare di avere interesse a opporsi a detta decisione o di essere lesa o rischiare di esserlo dall'aggiudicazione di cui trattasi⁶⁹.

La Corte, quindi, condividendo l'impostazione dell'ordinamento interno evidenzia, poi, come la giurisprudenza nazionale riconosca, a determinate condizioni⁷⁰, la validità di un interesse ad agire anche in capo a un operatore economico che non abbia presentato alcuna offerta, aprendo cioè la tutela ad altri soggetti. Allo stesso tempo, però, chiarisce come non sia da escludere neppure la possibilità che un'applicazione rigorosa di tali regole, tenendo conto delle circostanze specifiche del procedimento principale, possa comportare una violazione del diritto di proporre ricorso, perciò «spetta al giudice del rinvio valutare in modo circostanziato, tenendo conto di tutti gli elementi pertinenti che caratterizzano il contesto della controversia di cui è investito, se l'applicazione concreta della normativa italiana relativa alla capacità di agire in giudizio sia tale da poter ledere il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva delle ricorrenti nel procedimento principale»⁷¹.

Il tema della legittimazione a ricorrere in materia di appalti, visto il notevole interesse che suscita anche in ragione dei molteplici risvolti pratici che ne conseguono è stato, da ultimo, affrontato da Cons. Stato, Ad. Plen. 26 aprile 2018, n. 4, per la cui analisi si rimanda al capitolo successivo. In questa sede è sufficiente evidenziare come il più alto organo di giustizia amministrativa abbia ritenuto non meritevoli gli argomenti sostenuti dal Tar Liguria, tesi ad ampliare la platea dei soggetti legittimati al ricorso, confermando la regola generale per cui se la clausola è escludente essa può senz'altro essere impugnata anche da chi non ha presentato domanda di partecipazione alla gara, mentre ciò non è possibile in caso di clausola non escludente, poiché altrimenti si darebbe ingresso a valutazioni eccessivamente ipotetiche e opinabili, non conformi ai principi processuali interni.

⁶⁹ Sul punto la sentenza richiama un suo precedente del 12 febbraio 2004, Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, punto 27. Tale pronuncia si segnala anche per aver affermato (punti 27-29) in merito alla legittimazione a ricorrere, che in via generale sussiste la necessità della presentazione della domanda di partecipazione a meno che l'impresa asserisca di essere lesa da clausole discriminatorie contenute nei documenti relativi al bando di gara, nel qual caso sarebbe eccessivo esigere un'offerta nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, quando le probabilità che le venga aggiudicato tale appalto sarebbero nulle.

⁷⁰ Si tratta delle ormai note ipotesi in cui si contesti che la gara sia mancata o, specularmente, che sia stata indetta o, ancora, si impugnino clausole del bando immediatamente escludenti, o, infine, clausole che impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati o che rendano impossibile la stessa formulazione dell'offerta. Sul punto *infra* § 2.

⁷¹ Corte di giustizia UE, sez. III, 28 novembre 2018, C-328/17 – Amt Azienda Trasporti e Mobilità s.p.a, in *Giorn. Dir. Amm.*, 3, 2019, p. 369.

Emblematica è, altresì, la pronuncia Corte di giustizia dell'UE, Sez. VIII, 21 dicembre 2016, C- 355/15, *GesmbH*⁷² in merito al rapporto tra legittimazione alla impugnazione e provvedimento di esclusione dalla gara. Il problema che si pone è in questo caso quello inverso, ovvero quello relativo alla sussistenza di una legittimazione a ricorrere in capo all'impresa che, pur avendo partecipato alla gara, è stata poi esclusa in sede amministrativa o giurisdizionale. Su tale tema, coinvolgente i rapporti tra i c.d. ricorsi incidentali reciprocamente escludenti, si è di recente pronunciata la Corte di giustizia UE a seguito del rinvio pregiudiziale sollevato da Cons. Stato, Ad. Plen., 11 maggio 2018, n. 6. A tale tematica sarà dedicata un'analisi approfondita nel quarto capitolo.

Anche l'interesse al ricorso in materia di appalti pubblici assume una fisionomia complessa. Questa premessa consente di intuire le ragioni per cui attorno all'istituto dell'interesse al ricorso continui a sussistere grande confusione, dovuta tra l'altro al processo di trasformazione di alcuni istituti processuali che, da quasi un decennio, sollecita un vero e proprio dialogo tra le Corti nazionali e sovranazionali. Ciò che deriva è una perdurante incertezza che va a discapito tanto degli operatori economici quanto di quelli giuridici frustrando, anziché agevolando, la fondamentale esigenza di chiarezza nell'accesso alla giustizia.

Le ipotesi classiche nelle quali, per dottrina e giurisprudenza consolidate, sussiste l'interesse al ricorso riguardano il secondo classificato, l'escluso e il candidato impedito a partecipare da una disposizione del bando.

Certamente vanta un interesse personale, attuale e concreto all'annullamento parziale degli atti di gara il concorrente collocatosi secondo in graduatoria. In questo caso, infatti, l'illegittimità relativa all'ammissione del primo classificato ovvero alla valutazione delle offerte si traduce nella possibilità di conseguire egli stesso l'aggiudicazione e ottenere così la stipulazione del contratto.

Analogamente, il candidato escluso dalla procedura possiede l'interesse a ricorrere avverso il provvedimento di esclusione, per essere riammesso in gara e concorrere all'aggiudicazione finale⁷³.

L'interesse al ricorso sussiste, infine, in capo al soggetto al quale sia a monte preclusa la partecipazione alla gara a causa di una clausola del bando c.d. escludente. In questo caso, però, è doveroso effettuare una distinzione a seconda che l'impugnazione del bando e, conseguentemente, l'eventuale accoglimento delle

⁷² Corte di giustizia dell'UE, Sez. VIII, 21 dicembre 2016, C- 355/15, *GesmbH*, in *Gazzetta forense*, 2017, p. 80.

⁷³ M. Silvestri, *Le condizioni dell'azione nel rito in materia di contratti pubblici*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2017, p. 927 ss., il quale correttamente evidenzia che se la procedura ha avuto ulteriori sviluppi ed è stata revocata, annullata d'ufficio o si è conclusa con l'aggiudicazione, l'escluso ricorrente dovrà impugnare anche questi nuovi provvedimenti, a pena del venir meno dell'interesse nel ricorso originario. La consolidazione, infatti, di uno di questi atti conclusivi della procedura impedisce la soddisfazione della pretesa del concorrente escluso a parteciparvi e priva di utilità il ricorso, se non per i profili risarcitori, eventualmente introdotti nel procedimento.

censure prospettate dall'aspirante concorrente sia o meno compatibile con lo svolgimento della gara. La compatibilità si traduce, cioè, nella possibilità per il ricorrente vittorioso di essere riammesso alla procedura *in itinere* assicurandosi un'utilità concreta, quale quella di conseguire l'aggiudicazione. Come è stato acutamente osservato, tale utilità diviene invece più sfumata nel caso di accoglimento del ricorso che comporti l'integrale caducazione del bando e di tutti gli eventuali successivi atti di gara. In quest'ipotesi, infatti, l'utilità perde di consistenza collegandosi alla mera possibilità che la stazione appaltante decida di avviare una nuova procedura⁷⁴.

Per porre un punto fermo in questo caos interpretativo il legislatore aveva introdotto, come si vedrà più diffusamente nei prossimi capitoli, una disciplina *ad hoc* che imponeva l'immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione ed esclusione dalle gare di appalto ma, complice una formulazione non esaustiva della norma e una pressoché inesistente disciplina di coordinamento con le disposizioni preesistenti, tale tentativo si è rivelato inopportuno e ha portato presto alla sua eliminazione. Furia francese e ritirata spagnola?!

L'interesse al ricorso in materia di contratti pubblici solleva alcuni problemi, ai quali si tenterà di dare una risposta divenendo in un certo senso il *fil rouge* di tutta la trattazione.

Chi può vantarlo? È possibile riconoscere unitamente all'interesse finale al bene della vita, un interesse di tipo procedimentale? Se sì, che valore ha tale interesse: è autonomamente tutelabile o ha una mera valenza processuale? Ha senso ancora distinguere tra giurisdizione soggettiva e giurisdizione oggettiva o non è forse più corretto ritenere che il modello di giurisdizione sia unico e onnicomprensivo?

Sono molteplici gli interrogativi che, intersecandosi e conformandosi a vicenda, rendono il tema uno dei più affascinanti del settore, plasmando alcuni istituti tradizionali e rappresentando quella che risulta essere la nuova frontiera del diritto.

Alla luce dell'indagine fin qui svolta è, infatti, agevole osservare che le condizioni dell'azione in materia di appalti assumono contorni meno nitidi, con la tendenza ad ampliarsi e trasformarsi per il processo e all'interno dello stesso processo.

Sembrerebbe che ciò derivi fundamentalmente dalle interpretazioni giurisprudenziali che, da una parte tendono a legittimare parti processuali che dovrebbero esser considerate prive di legittimazione e, dall'altro, a ritenere sussistente

⁷⁴ Così, per R. Morzenti Pellegrini, *La sussistenza dell'interesse a ricorrere avverso l'aggiudicazione di una gara pubblica in capo al concorrente escluso in forza di un provvedimento non contestato*, in *Foro amm.* CDS, 12, 2004, p. 3589, bisogna infatti distinguere il caso in cui la sentenza intervenuta sul punto prenda esplicitamente posizione circa la necessità di rinnovare la gara - poiché in questo caso la valenza del giudicato è destinata a prevalere sulla discrezionalità amministrativa della p.a. - dall'ipotesi in cui la sentenza non indichi un vincolo preciso nelle modalità di azione della p.a., cosicché quest'ultima abbia discrezionalità in ordine alla possibilità di indire una nuova gara o di dare luogo alla rinnovazione parziale delle attività pregresse.

l'interesse al ricorso in capo a soggetti che, in realtà, presentano solo la possibilità di ritrarre un'utilità strumentale dall'accoglimento della domanda.

Ed è proprio qui che si pone il problema di capire se tutto questo derivi dal permanere di interpretazioni oggettivistiche del processo, ovvero se non dipenda anche dal fatto che in taluni e sempre meno isolati casi sia la posizione soggettiva ad essere ontologicamente strumentale⁷⁵, come nel caso della c.d. pretesa procedimentale⁷⁶. In questi casi occorre stabilire quale sia l'approccio che più efficacemente consenta la tutela delle posizioni individuali, tutela che può dirsi realmente effettiva solo nella misura in cui riesca ad assicurare alle situazioni soggettive tutto ciò che ad esse corrisponde sul piano sostanziale⁷⁷.

⁷⁵ L.R. Perfetti. *Legittimazione e interesse a ricorrere nel processo amministrativo: il problema delle pretese partecipative (*)*, *Dir. proc. amm.*, fasc.3, 2009, cit., p. 695.

⁷⁶ Sulla quale, *funditus* § 4.

⁷⁷ In tali termini G. Mannucci, *La legittimazione a ricorrere delle imprese: il "doppio volto" del rito sugli appalti*, in *Giorn.dir.amm.*, 3, 2019, la quale aggiunge che l'effettività della tutela può anche essere intesa in senso diametralmente opposto laddove si consideri oggetto del processo non già la posizione giuridica sostanziale ma un bene di rilievo generale, poiché in questo caso l'effettività della tutela non è data dalla capacità del processo di offrire protezione a posizioni individuali, ma dalla idoneità a garantire un bene dai contorni oggettivi, insuscettibile di protezione individuale.

Capitolo secondo

IL BANDO DI GARA E LA SUA RILEVANZA IN TERMINI DI TUTELA DEI CONCORRENTI

SOMMARIO: 1.Introduzione: tutela della concorrenza e del libero mercato. - 2. La procedura di evidenza pubblica: un breve cenno. -3. Il bando di gara. - 4. (Segue) La natura giuridica del bando di gara. - 5. Impugnazione del bando di gara tra regola ed eccezioni. - 6. (Segue) Un po' di chiarezza: l'Adunanza Plenaria 29 gennaio 2003 n. 1. - 7. (Segue) *Repetita iuvant*: l'Adunanza Plenaria 26 aprile 2018 n. 4. - 8. Il rito super accelerato: cenni e rinvio.

1. Nell'ambito di un ambizioso disegno legislativo di matrice eurounitaria, l'ordinamento nazionale in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, ha introdotto il Codice dei contratti pubblici mediante il D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163. Lo scopo precipuo del legislatore europeo era quello di conferire uniformità tra gli Stati membri nella regolamentazione di un settore nevralgico per gli interessi economici nazionali e sovranazionali, attraverso un intervento normativo che contemperasse al tempo stesso la libertà di iniziativa economica privata, garantita come valore fondamentale dall'art. 41 Cost. e le libertà di stabilimento, di circolazione delle merci e di prestazioni di servizi, codificate dal TFUE⁷⁸.

In tal modo si è predisposta una normativa organica, accompagnata da un significativo mutamento funzionale nel passaggio dalla visione marcatamente pubblicistica propria della normativa sulla contabilità di Stato⁷⁹, protesa all'esclusivo soddisfacimento dell'interesse pubblico e in cui l'interesse privato trovava cura solo in

⁷⁸ Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea è, unitamente al Trattato sull'Unione europea, uno dei trattati fondamentali dell'Unione europea al cui rispetto sono tenuti gli Stati membri. Entrambi, come modificati dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, ratificato dall'Italia con Legge 2 agosto 2008, n. 130 ed entrato in vigore il 1 dicembre 2009, rappresentano "i Trattati su cui è fondata l'Unione", di pari valore giuridico. Gli Stati membri pertanto, ai sensi dell'art. 4 TUE e art. 117, co. 1, Cost., adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione.

⁷⁹ Il codice del 2006 si inserisce in un contesto normativo contrassegnato da una pluralità di fonti. Nello specifico, nella fase antecedente al fenomeno di integrazione comunitaria, la legislazione sull'evidenza pubblica era distribuita in più testi normativi, di rango primario o subprimario e le norme principali erano la Legge di contabilità di Stato, Regio Decreto 18 novembre 1923 n. 2440, e il Regolamento di contabilità di Stato, Regio Decreto 23 maggio 1924 n.827. Successivamente, agli inizi degli anni '90, gli appalti pubblici sono divenuti oggetto di una maggiore ed estesa attenzione da parte dell'ordinamento. In tale momento storico si inserisce la Legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n.109, c.d. legge Merloni, sebbene sorta - come evidenzia R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. App.*, Ipsoa, Milano, 5, 2016, p. 504 - in un contesto politico connotato dalla nota vicenda "tangentopoli", che aveva reso necessario intervenire sugli appalti pubblici con norme di assoluto rigore, volte a limitare ogni spazio di discrezionalità delle stazioni appaltanti. È ad essa che si sostituisce il Codice del 2006, all'interno e in esecuzione del più ampio progetto eurounitario in materia.

via mediata ed indiretta⁸⁰, a una nuova concezione di evidenza pubblica⁸¹, proceduralizzata al fine di tutelare al meglio l'interesse del privato.

Alla nuova procedura di evidenza pubblica è, in sostanza, demandato il compito di tutelare *in primis* gli operatori economici dagli abusi delle amministrazioni, quali soggetti privilegiati sul mercato, apportando contestualmente vantaggi alle medesime pubbliche amministrazioni⁸², che usufruiscono in via diretta di un mercato libero, senza barriere e proconcorrenziale. La tutela della concorrenza⁸³ rappresenta, in sostanza, uno degli obiettivi principali degli Stati, *ex artt.* 101 ss. TFUE, in una duplice prospettiva: da un lato, come raggiungimento di obiettivi di tutela e promozione del libero mercato, dall'altro quale strumento attraverso il quale conseguire scelte più efficienti per la stessa pubblica amministrazione.

Questa nuova anima si coglie anche nei criteri di aggiudicazione⁸⁴, che introducono la possibilità di scegliere il contraente migliore non esclusivamente attraverso il parametro del prezzo più basso come prevedeva la vecchia normativa nazionale, bensì

⁸⁰ Come evidenzia F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike, 2016, p. 1639, la normativa interna di evidenza pubblica aveva il principale intento di tutelare l'interesse dell'Amministrazione al conseguimento della soluzione migliore in termini di qualità ed economicità, imponendo una procedura finalizzata ad assicurare la stipulazione del contratto al soggetto che fosse in grado di assicurare la migliore prestazione a condizioni economicamente più favorevoli. L'interesse del privato era, invece, tutelato solo occasionalmente e ciò comportava la qualificazione della posizione soggettiva del contraente in termini di interesse legittimo, con ripercussioni sulla risarcibilità del danno, tradizionalmente esclusa. Inoltre, i vizi della procedura erano qualificati civilisticamente come vizi del procedimento di formazione della volontà del contraente pubblico, per cui la caducazione della procedura non determinava la nullità o l'eliminazione automatica del contratto ma solo la sua annullabilità, azionabile solo dalla pubblica amministrazione in sede civilistica.

⁸¹ Come sostiene R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo, cit.*, 2018, p. 763, l'evidenza pubblica è il procedimento amministrativo che accompagna la conclusione dei contratti della pubblica amministrazione. La locuzione "evidenza pubblica" sta a indicare che attraverso tale procedimento sono rese note le ragioni di pubblico interesse che giustificano l'intenzione di procedere a un affidamento attraverso la scelta del contraente. Ciò deriva dalla peculiare fisionomia che assume l'autonomia privata con riguardo alla pubblica amministrazione, che non consente di scegliere il contraente alla stregua di un soggetto privato ma impone di rispettare un procedimento amministrativo dotato di specifiche regole.

⁸² M.T.P. Caputi Jambrenghi, *La funzione amministrativa neutrale*, Cacucci, Bari, 2017, p. 30, mette in luce la peculiarità della disciplina dell'evidenza pubblica, ossia quella di garantire l'effettività della concorrenza per il mercato e nel mercato, da tutelare a ogni costo e senza che la natura pubblica dei soggetti che vi operano possa creare disparità. Sul tema si veda anche M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Diritto Amministrativo*, 01-02, 2016, p. 71 ss.

⁸³ Secondo M. Libertini, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 511 ss. la tutela della concorrenza deve considerarsi ormai il compito principale degli Stati.

⁸⁴ I criteri di aggiudicazione, sulla base dell'art. 95, co. 1, D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 «non conferiscono alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell'offerta. Essi garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte. Le stazioni appaltanti verificano l'accuratezza delle informazioni e delle prove fornite dagli offerenti».

anche attraverso il criterio⁸⁵ dell'offerta economicamente più vantaggiosa, subordinata a una valutazione complessiva che tenga conto non più esclusivamente del prezzo più conveniente, ma anche di elementi tecnici e qualitativi più specifici.

Tale aspetto costituisce anche il riflesso di uno degli elementi principali della nuova disciplina degli appalti pubblici, ovvero il riconoscimento ad essi di un ruolo strategico nel rilancio economico come strumenti di politica economica idonei a promuovere non solo la concorrenza e il mercato⁸⁶, ma anche lo sviluppo sostenibile, la tutela ambientale⁸⁷, l'innovazione tecnologica e la coesione sociale⁸⁸. Il principale obiettivo della procedura di evidenza pubblica diviene, così, il rispetto effettivo del principio di concorrenza tra imprese e del libero accesso di tutti i potenziali operatori economici alle procedure di contrattazione, che garantisce al tempo stesso un contenimento dei costi e un aumento della qualità e della innovatività delle prestazioni offerte dalle imprese.

Questa nuova prospettiva di sistema emerge oggi in maniera ancora più evidente attraverso le recenti modifiche normative e, in particolare, con l'introduzione del nuovo Codice degli appalti mediante il D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50⁸⁹, intervenuto in attuazione

⁸⁵ Sul punto si rileva come il legislatore, attraverso il D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, peraltro in fedele attuazione di una decisione già operata a livello eurounitario dalla Dir. 24/2014/UE, abbia optato per una scelta che adotta il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa come criterio prevalente e rimette il criterio del prezzo più basso a ipotesi marginali. Per un'analisi più approfondita, G. Avanzini, *I rapporti tra i criteri di aggiudicazione: le novità del Correttivo e l'immediata contestazione del bando di gara*, in *Urb. App.*, Ipsoa, Milano, 4, 2017, p. 449 ss. Tuttavia, si segnala che tale regola è stata resa meno rigida a seguito del correttivo al codice, D.lgs. 19 aprile 2017 n. 56 e del D.L. 18 aprile 2019 n. 32, c.d. Sblocca cantieri, convertito con L. 14 giugno 2019 n. 55, con cui si è provveduto ad aumentare le ipotesi di adozione del criterio del minor prezzo.

⁸⁶ Considerando, tra l'altro che, come riportato dalle comunicazioni della Commissione europea, oggi il mercato unico degli appalti pubblici rappresenta una parte significativa dell'economia dell'UE, con un valore stimato a 2000 miliardi di € l'anno o circa al 14 % del PIL dell'UE.

⁸⁷ Sul tema cfr. L. Carbonara, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e la tutela dell'ambiente. I criteri di aggiudicazione*, in *Giustamm.it*, 2, 2016; A. Cicchinelli, *L'esecuzione dei contratti e la tutela dell'ambiente*, in *Giustamm.it*, 2, 2016.

⁸⁸ A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2015, p.1127 ss.; L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2-3, 2015, p. 291 ss.; C. Lamberti, S. Villamena, *Nuove direttive appalti: "sistemi di selezione" e "criteri di aggiudicazione"*, in *Urb. App*, 8-9, 2015, p. 873 ss.; E. Proietti, *L'adozione delle nuove direttive sui contratti pubblici in Italia*, in *Giustamm.it*, 2, 2016.

⁸⁹ In attuazione della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11. Per una disamina delle novità *ex multis*, L. Torchia, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2016, p. 605 ss.; M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Il D.lgs.1 aprile 2016, n. 50 s.m.i.: principali novità e alcune riflessioni critiche*, in *Appalti e lavoro*, Vol. I, Disciplina pubblicistica, di AA.VV. (Autore), Domenico Garofalo (a cura di), Giappichelli, Torino, 2017, p. 75 ss.; R. Damonte, M. Bersi, *La partecipazione degli operatori economici stranieri agli appalti pubblici ed alle concessioni in Italia ai sensi del D.lgs. 18.04.2016, n. 50*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 1, 2017, p. 101 ss.; C. Deodato, *L'attuazione normativa del codice dei contratti pubblici: configurazione giuridica, struttura e questioni applicative*, in *Foro Amministrativo* (II), 9, 2018, p. 1559 ss.

delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE⁹⁰, 2014/25/UE, contestualmente abrogando la vecchia disciplina.

Data la sua rilevanza, la disciplina normativa in materia di appalti è al centro di un ampio intreccio di recenti e parziali riforme, con il rischio di una possibile riscrittura dell'intero Codice a pochi anni dall'emanazione del D.lgs. n. 50/2016, come dimostrano i plurimi interventi normativi già intervenuti in materia⁹¹. Tale continua ipertrofia e stratificazione normativa, se per un verso consente un costante aggiornamento della materia, dall'altro sconta una mancanza di stabilità soprattutto nei confronti dei soggetti deboli del mercato, ovvero sia le imprese, oltre a generare uno stato di confusione e incertezza che si ripercuote inevitabilmente anche sugli operatori del diritto⁹².

2. La procedura di evidenza pubblica costituisce senza dubbio l'aspetto più significativo del riconoscimento in capo alla pubblica amministrazione della soggezione al diritto comune nonché di una propria autonomia negoziale, sebbene funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico, tale da consentire la stipulazione di contratti anche atipici *ex art.* 1322, 2 co. c.c.

Secondo quanto disposto dall'art. 1 del Codice dei contratti, D.lgs. n. 50/2016, la procedura di evidenza pubblica si applica ai contratti di appalto e di concessione aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori ed opere, nonché ai concorsi pubblici di progettazione. Al contrario, per espressa previsione legislativa, ai contratti pubblici non ricompresi in quelli disciplinati dal codice si applicano i principi⁹³ di cui

⁹⁰ Come evincibile dal considerando n. 2 della Direttiva 2014/24/UE che così stabilisce: «Gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, illustrata nella comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 dal titolo «Europa 2020 — Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva», in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici [...]».

⁹¹ In particolare, a un anno dall'entrata in vigore del D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 è stato emanato il decreto correttivo D.lgs. 19 aprile 2017 n. 56, sul quale M. Chiti, *Le modifiche al Codice dei contratti pubblici: un "correttivo scorretto"?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2017, p. 453 ss.; A. Clini, *Le novità in materia di massimo ribasso, procedura negoziata e affidamenti sotto soglia*, in *Urb. App.*, Ipsa, Milano, 6, 2017, p. 754 ss. A seguire, la disciplina è stata significativamente modificata con il c.d. Decreto Sblocca cantieri D.L. 18 aprile 2019 n. 32, convertito con L. 14 giugno 2019 n. 55, sulla quale B. Armeli, *Affidamento di contratti pubblici e procedure concorsuali: le novità introdotte dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e le modifiche previste dal decreto 'sblocca cantieri'*, in *Appalti & contratti*, 2019, vol. 14, 6, p. 11 ss.; R. De Nictolis, *Le novità sui contratti pubblici recate dal D.L. n. 32/2019 'sblocca cantieri'*, in *Urb. App.*, Ipsa, Milano, vol. 23, 4, 2019, p. 443 ss.; A. Massari, *La 'conversione' (riscrittura) del decreto sblocca cantieri*, in *Appalti & Contratti*, vol. 14, 7-8, 2019 p. 2 ss.

⁹² A ciò si aggiungano le implicazioni derivanti dall'influenza del diritto dell'Unione europea, che finiscono per generare problemi interpretativi anche su istituti tradizionali, come si avrà modo di costatare più diffusamente nel capitolo quarto.

⁹³ Il legislatore eurounitario, in sostanza, si preoccupa di disciplinare quanto più dettagliatamente i contratti pubblici in ragione della loro maggiore influenza sul mercato, prevedendo però al tempo stesso delle regole uniformi da applicare in ogni caso e per il sol fatto di operare sul mercato.

all'art. 4, quali quelli di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.

Sotto un profilo soggettivo la procedura ad evidenza pubblica si applica a tutti i soggetti pubblici, in virtù di una nozione funzionale e a geometria variabile di pubblica amministrazione, che consente di estendere tali regole anche a soggetti formalmente privati ma sostanzialmente pubblici. Si fa riferimento, nello specifico, agli organismi di diritto pubblico, oggi espressamente individuati dal codice del 2016, nonché alle imprese pubbliche. La *ratio* di fondo è quella di evitare che tali soggetti possano beneficiare dei vantaggi di cui godono le pubbliche amministrazioni e, nello stesso tempo, operare sul mercato senza sottostare alle regole predefinite per i soggetti pubblici, così scongiurando la creazione di meccanismi atti ad eludere i principi concorrenziali e fenomeni distorsivi del mercato⁹⁴.

L'abbattimento delle barriere nazionali e il perseguimento dell'obiettivo volto alla creazione di un mercato realmente libero hanno permesso, altresì, di avvalersi di strumenti di integrazione tra singoli operatori economici, utilizzati da soggetti singolarmente privi dei requisiti previsti per la partecipazione alle gare pubbliche i quali, unendosi ad altri soggetti, sopperiscono a tali mancanze mediante la predisposizione di una singola offerta. Si fa riferimento a un complesso di strumenti eterogenei tra i quali il raggruppamento temporaneo di imprese (RTI), i consorzi, l'avvalimento.

Così sommariamente individuato l'ambito di applicazione delle norme in tema di evidenza pubblica, si procederà nel prosieguo a una sommaria descrizione delle fasi in cui essa si suddivide, come espressamente menzionate nell'art. 32 del Codice.

La procedura di evidenza pubblica⁹⁵ ha inizio con la c.d. determinazione a contrarre⁹⁶, con la quale la pubblica amministrazione manifesta la sua volontà di indire una gara per il conseguimento di un'utilità specifica mediante il contratto. Sulla base

⁹⁴ È, invece, opposto il meccanismo che governa le società *in house providing*, caratterizzate dall'assenza di un'alterità soggettiva che consenta di ravvisare gli estremi per una esternalizzazione dell'affidamento: nelle società in questione, infatti, si "squarcia il velo della personalità giuridica", per cui si ricorre ad un sistema di auto-organizzazione e di affidamento diretto finalizzato a reperire al proprio interno le risorse utili, senza sottostare ad alcun obbligo di gara. Non così per le c.d. società miste, in cui la procedura ad evidenza pubblica svolge simultaneamente una duplice funzione: selezione del socio privato e affidamento del servizio, c.d. gara a doppio oggetto, in un'ottica di economicità dei mezzi e nel rispetto del principio di buon andamento *ex art. 97 Cost.*

⁹⁵ Per una più completa analisi delle fasi della procedura si veda, F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike, 2016, p. 1638 ss.; R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 763 ss.; M. Fratini, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, Dike, Roma, 2018, p. 997 ss.

⁹⁶ La determina a contrarre è un atto necessario per l'avvio della procedura di selezione secondo quando disposto dall'art. 32 co. 2 D.lgs. 50/2016. Essa deve contenere, in sostanza, gli elementi essenziali del contratto, l'indicazione della procedura prescelta per l'affidamento del contratto nonché i criteri di selezione degli operatori economici, il criterio di selezione delle offerte ed eventuali deroghe ai bandi-tipo.

di tale atto di programmazione viene, quindi, emanato il bando di gara⁹⁷ con cui si individuano gli elementi essenziali del contratto ed i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte, secondo una delle procedure⁹⁸ individuate dal codice.

In conformità ai requisiti previsti dal bando ovvero, laddove previsto, dalla sola determinazione a contrarre, ogni concorrente presenta una propria e unica offerta entro il termine decadenziale stabilito. La stazione appaltante, all'esito della selezione delle offerte pervenute effettuata dalla commissione giudicatrice, emana una proposta di aggiudicazione⁹⁹- così rinominata a seguito dell'introduzione del nuovo codice degli appalti che ha eliminato e sostituito la vecchia aggiudicazione provvisoria¹⁰⁰. Successivamente, e in subordine al positivo riscontro del possesso dei requisiti previsti in capo all'aggiudicatario derivante dagli atti di controllo¹⁰¹ che l'organo competente è legittimato a svolgere sulla proposta *de qua*, la stazione appaltante provvede all'aggiudicazione definitiva.

La stazione appaltante, a seguito dell'adozione dell'aggiudicazione definitiva e della verifica del possesso dei requisiti di partecipazione dell'aggiudicatario, procede alla stipula del contratto.

Tra la fase dell'aggiudicazione definitiva, con cui termina la fase pubblicistica della procedura, e la stipulazione, con la quale ha invece inizio la fase privatistica¹⁰², il legislatore ha introdotto un doppio termine dilatorio, il c.d. *stand still period*. Nello specifico, il contratto è stipulato entro 60 giorni dall'approvazione dell'aggiudicazione e, in ogni caso, non prima di 35 giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione. Questo primo termine dilatorio istituisce *ex lege* uno *spatium deliberandi* ed è finalizzato a consentire alle imprese non aggiudicatarie di promuovere ricorso avverso l'aggiudicazione prima che venga formalizzata la stipulazione, salvo alcune eccezioni. Il secondo termine dilatorio sussiste, invece,

⁹⁷ Ai sensi dell'art. 59 co.5 del Codice dei contratti pubblici (d.lg.s. n. 50/2016) tale obbligo è derogato nelle procedure ristrette e in quelle competitive con negoziazione, rispetto alle quali le amministrazioni aggiudicatrici possono utilizzare in alternativa alla pubblicazione del bando un avviso di preinformazione. In ogni caso le deroghe al modello base devono essere espressamente motivate e se impongono oneri in capo ai partecipanti deve essere indicata e giustificata la ragione sottesa a tale scelta.

⁹⁸ I sistemi di aggiudicazione sono elencati dall'art. 59 del nuovo Codice e sono, in sostanza: la procedura aperta, la procedura ristretta, la procedura competitiva con negoziazione, la procedura negoziata, il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione.

⁹⁹ È opportuno precisare che l'approvazione della proposta di aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta poiché l'amministrazione può comunque esercitare il potere di autotutela sugli atti di gara nel rispetto dei limiti previsti dalla legge.

¹⁰⁰ Il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lg.s. n. 50/2016) non contempla più l'atto di aggiudicazione provvisoria e il provvedimento di aggiudicazione definitiva ma, ai sensi degli art. 32, co. 5 e art. 33, co. 1, distingue tra proposta di aggiudicazione e provvedimento conclusivo di aggiudicazione.

¹⁰¹ Si apre, in sostanza, un sub-procedimento destinato a concludersi con un atto integrativo dell'efficacia del provvedimento di approvazione dell'aggiudicazione. L'atto di controllo costituisce, quindi, una condizione di efficacia prevista dalla legge, in particolare dall'art. 32 co. 7 del Codice.

¹⁰² Sul riparto di giurisdizione in materia, H. Simonetti, *Riparare agli errori commessi... Questioni vecchie e nuove sul riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di contratti pubblici*, in *Urb. App.*, Ipsoa, Milano, 12, 2015, p. 1252 ss.

qualora sia proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, poiché in questo caso si prevede che il contratto non possa essere stipulato dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi 20 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.

3. La procedura ad evidenza pubblica, così sommariamente descritta, trova il suo momento essenziale nella redazione e pubblicazione del bando di gara.

È, difatti, attraverso la pubblicazione del bando che i concorrenti prendono visione della volontà della stazione appaltante di procedere all'affidamento, previa scelta di un contraente, e promuovono le proprie offerte¹⁰³.

Il bando di gara costituisce, dunque, la *lex specialis* della procedura, ovvero sia la fonte principale di disciplina della stessa, l'insieme delle regole del singolo procedimento. Esso è, quindi, l'atto preparatorio attraverso cui la stazione appaltante informa della propria intenzione di aggiudicare un contratto avente un determinato oggetto e secondo specifiche condizioni. Il nuovo codice prevede all'art. 71 che le stazioni appaltanti debbano uniformarsi ai bandi tipo¹⁰⁴ individuati dall'ANAC e solo eccezionalmente derogarvi, per agevolare l'attività ed omogeneizzarne le condotte diminuendo al tempo stesso le incertezze interpretative e il relativo contenzioso. È, inoltre, prevista la possibilità per le pubbliche amministrazioni di effettuare prima dell'avvio della procedura, delle consultazioni preparatorie allo svolgimento delle gare ed informare previamente gli operatori economici dell'intenzione di indire una gara.

Ogni bando deve individuare l'oggetto del contratto nonché i criteri e le modalità di scelta del contraente, a cui si vincolano tanto le imprese partecipanti quanto la stessa stazione appaltante, mediante la predisposizione di regole procedurali, clausole contrattuali, capitolato e progetto.

Concorrono a formare la documentazione di gara il disciplinare e il capitolato tecnico. Il disciplinare è un documento che comprende disposizioni relative alle modalità di partecipazione alla gara, alla presentazione delle offerte e alle procedure di aggiudicazione. I capitolati d'onere, invece, si distinguono in generali e speciali. I

¹⁰³ Sulla pubblicazione del bando di gara ed in particolare sull'obbligo di pubblicazione *online* sui siti istituzionali delle stazioni appaltanti, cfr. A.G. Orofino, *Sull'obbligo di pubblicazione in Internet di bandi ed avvisi di gara ex art. 24, l. 24 novembre 2000 n. 340* (nota a Tar Campania, Napoli, sez. I, 12 giugno 2002, n. 3404), in *Foro amministrativo Tar*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 678-691; Id., *La pubblicazione in Rete dei bandi di appalti di lavori sotto soglia comunitaria* (nota a Tar Lombardia, Milano, sez. III, 3 giugno 2003, n. 2393), in *Urbanistica e appalti*, Ipsoa, Milano, 2004, pp. 357-360; *Amplius* Id., *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Cacucci, Bari, 2008.

¹⁰⁴ Per un'analisi della normativa, M. Cocco, S. Sanna, *Gli obblighi di pubblicità di avvisi e bandi di gara alla luce delle recenti evoluzioni normative*, in *Appalti e contratti*, 4, 207, p. 76 ss.

primi¹⁰⁵ contengono le indicazioni che possono applicarsi indistintamente a un contratto e le forme da seguire per le gare; i secondi¹⁰⁶, invece, riguardano le condizioni che si riferiscono più specificamente all'oggetto del singolo contratto.

Ognuno dei suddetti atti possiede una propria autonomia e assume una specifica posizione e funzione all'interno della *lex specialis*: il bando di gara è senza dubbio il documento più importante poiché fissa le regole della gara; il disciplinare contiene le prescrizioni che disciplinano il procedimento di gara mentre il capitolato integra tali disposizioni con particolare riferimento ad aspetti tecnici¹⁰⁷. Il rapporto gerarchico che sussiste tra tali elementi comporta che in caso di contrasto tra le disposizioni contenute nel disciplinare o capitolato d'oneri e quelle del bando, siano queste ultime a prevalere. Le eventuali lacune del bando vengono, invece, colmate attraverso il principio di eterointegrazione legale, come si vedrà più in avanti.

4. Il legislatore non ha mai definito puntualmente la natura giuridica del bando di gara, rimettendo tale onere all'interprete.

La questione non ha una mera rilevanza teoretica ma si riflette anche e soprattutto sul piano pratico, poiché dalla sua soluzione discendono differenti conseguenze in termini di tutela del concorrente. Sul bando di gara si sono alternate teorie a stampo privatistico e teorie a stampo pubblicistico. Appartengono alla prima categoria le tesi dell'offerta al pubblico e della c.d. *invitatio ad offerendum*.

Nello specifico, la tesi del bando di gara come offerta al pubblico è stata sostenuta dal Giannini¹⁰⁸, secondo il quale il bando avrebbe al contempo una valenza interna¹⁰⁹, essenzialmente riprodotiva della deliberazione a contrarre, e una esterna, quest'ultima di matrice negoziale con funzione di offerta al pubblico *ex art. 1336 c.c.*

Sebbene anche di recente tale tesi continui a registrare consensi¹¹⁰, non sembrerebbe in realtà condivisibile sia perché non necessariamente i bandi contengono

¹⁰⁵ Nei capitolati d'oneri, ad esempio, sono determinate le garanzie che i concorrenti devono produrre per partecipare alla gara ovvero le clausole penali e le azioni che l'amministrazione può esercitare in caso di inadempimento della controparte.

¹⁰⁶ Costituiscono un tipico contenuto del capitolato speciale d'oneri le specifiche tecniche, che definiscono precisamente le caratteristiche minime che l'offerta deve contenere, nel rispetto in ogni caso del principio di equivalenza con riguardo a prodotti o servizi aventi le medesime caratteristiche pretese dall'amministrazione.

¹⁰⁷ In questi termini M. Fratini, *cit.*, 2018, p. 1000.

¹⁰⁸ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, III ed., Giuffrè, Milano, 1993, II, p. 384; Id., *Istituzioni di diritto amministrativo*, II ed., Giuffrè, Milano, 2000, p. 508.

¹⁰⁹ In generale, sulla possibilità per l'amministrazione di darsi norme interne, sulla funzione di autolimita di queste ultime adottate dalla p.a. e sulla loro espressione dell'autonomia dell'amministrazione, cfr. A. Cioffi, *Sulla norma interna e sull'autonomia della pubblica amministrazione*, in G. Pagliari (a cura di), *Studi in onore di Franco Bassi*, Esi, Napoli 2015.

¹¹⁰ Ne viene fatta menzione, sebbene ad altri fini, nell'ordinanza del Cons. Stato, sez. III, 24 novembre 2017, n. 5492, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui: «L'offerta al pubblico è un'offerta di contratto rivolta ad una generalità indeterminata di destinatari. Nel caso peculiare della gara, l'offerta di contratto è subordinata al superamento di una procedura di evidenza pubblica, all'esito della quale, non tutti, ma

previsioni ripetitive degli atti della sequenza pubblicistica presupposta, sia perché mancherebbe il dato fondamentale relativo al profilo economico, ovvero il prezzo, la cui indicazione viene chiesta ai concorrenti¹¹¹.

La più recente tesi privatistica è, invece, quella che considera il bando di gara come invito a offrire¹¹². Il bando, secondo questa ricostruzione, sarebbe unicamente volto a sollecitare la partecipazione dei soggetti interessati e non avrebbe quindi matrice negoziale, anche in ragione dell'assenza dell'elemento essenziale costituito dal prezzo che rende tale istituto insuscettibile di rappresentare una proposta contrattuale. Anche questa tesi, pertanto, non può essere accolta. Si può, più che altro, constatare che sussiste indubbiamente un'analogia dal punto di vista contenutistico tra il bando di gara e l'offerta al pubblico o l'invito a offrire, costituita dall'essere in un certo senso delle dichiarazioni di volontà¹¹³, ma ciò non equivale a una tacita adesione alle tesi privatistiche.

Maggior seguito hanno avuto, invece, le teorie pubblicistiche. In questa prospettiva il problema è stato, però, quello di definire se il bando di gara potesse configurare un atto sostanzialmente e formalmente amministrativo, ricalcante la disciplina e la struttura dell'atto amministrativo generale ovvero se, per converso, l'atto in questione fosse solo formalmente amministrativo ma sostanzialmente normativo.

Tale dibattito, comune a tutte le ipotesi di atti amministrativi "ibridi", deriva dall'innovativa concezione del sistema delle fonti secondarie che consente di ravvisare una natura normativa anche al di là delle ipotesi regolamentari tipizzate dal legislatore con la legge 23 agosto 1988 n. 400, dalla quale viene mutuata la disciplina. Secondo questa impostazione, infatti, laddove un atto amministrativo posseda la sostanza di un atto normativo, sebbene al di fuori delle ipotesi previste dalla legge, dovrà riconoscersi natura di fonte secondaria e non già di mero atto amministrativo generale¹¹⁴. A

solo un soggetto potrà addivenire alla stipula del contratto, in guisa che sarebbe forse più appropriato, come del resto sostenuto da parte di autorevole dottrina, qualificare la gara, nel suo esordio procedimentale, quale proposta di contratto *in incertam personam*».

¹¹¹S. Vinti, voce *Bando*, in *Dizionario di diritto pubblico*, dir. S. Cassese, I, Giuffrè, Milano, 2006, p. 667.

¹¹²G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 32; A. Cianflone-G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, XII ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 909.

¹¹³M. Fratini, *cit.*, 2018, p. 998, evidenzia che da tale qualificazione consegue che l'interpretazione del bando deve essere condotta non secondo il canone di cui all'art. 12 disp. prel. c.c. propria degli atti normativi, bensì secondo le regole di ermeneutica contrattuale ex art. 1362 c.c. tra le quali assume carattere prevalente l'interpretazione letterale nonché la regola della buona fede nell'interpretazione del contratto ex art. 1366 c.c.; allo stesso modo, in caso di clausole dubbie o equivoche dovrà applicarsi il criterio ex art. 1369 c.c. attribuendosi alle stesse il significato più conveniente alla natura e all'oggetto.

¹¹⁴ Il criterio alla cui stregua condurre tale indagine attiene al contenuto dell'atto. L'atto normativo si caratterizza infatti per la presenza di requisiti tipici e tassativi: l'innovatività, intesa come idoneità a innovare l'ordinamento giuridico; l'astrattezza, come suscettibilità di ripetizione a un numero indefinito di casi; la generalità, cioè la riferibilità a un numero indeterminato di soggetti. Minoritaria e recessiva è, invece, la tesi che basandosi sul mero dato formale e strettamente connesso a un'interpretazione rigorosa del principio di legalità desumibile dall'art. 117 co. 6 Cost., non consente l'individuazione di atti aventi contenuto regolamentare e normativo al di fuori delle ipotesi sancite dalla legge n. 400/1988.

differenza dei regolamenti che si caratterizzano per essere atti emanati da organi del potere esecutivo aventi contenuto precettivo e volti a innovare l'ordinamento giuridico in via subordinata rispetto alle fonti primarie, gli atti amministrativi generali sono privi di contenuto normativo e sono finalizzati alla cura concreta dell'interesse pubblico. La differenza si coglie su di un piano sostanziale. Gli atti amministrativi generali non innovano l'ordinamento, non sono astratti ma regolamentano una situazione specifica e non sono generali poiché si rivolgono a soggetti non individuabili *ex ante* ma identificabili *ex post*. Gli atti amministrativi generali sono, in sostanza, delle applicazioni concrete della legge a situazioni specifiche.

La definizione del bando di gara come *lex specialis* può trarre in inganno, lasciando presumere che l'atto abbia natura normativa. Ragionando in questi termini¹¹⁵ dovrebbero applicarsi i criteri propri della *lex specialis*: in particolare il principio di specialità che stabilisce che la norma speciale deroga quella generale; il divieto di interpretazione analogica; il principio secondo il quale la legge generale successiva non abroga la legge speciale precedente, etc.

In realtà, come afferma anche la giurisprudenza consolidata, «nonostante la fuorviante dizione latina, la normativa di gara è posta da un atto amministrativo per il quale sicuramente valgono i principi dell'eterointegrazione precettiva»¹¹⁶. Non sono, quindi, applicabili i principi che regolano i rapporti tra norme perché, in realtà, di norma non si tratta.

Il bando di gara è, quindi, un atto amministrativo di natura generale¹¹⁷ e a rilevanza esterna, con il quale la stazione appaltante rende conoscibile la propria determinazione di addivenire alla conclusione del contratto. Esso, infatti, non presenta quei caratteri dell'innovatività, generalità e astrattezza propri degli atti normativi, rivolgendosi a soggetti sebbene non determinabili *ex ante*, riconoscibili *ex post* e riferendosi a un'unica e specifica procedura non suscettibile di ripetizione a casi ulteriori. Attraverso il bando di gara, infatti, la stazione appaltante predetermina le scelte e i comportamenti da tenere in vista della procedura, dettando altrettanti autolimiti vincolanti volti alla definizione della disciplina applicabile nella selezione¹¹⁸.

¹¹⁵ Cfr. G. D'Elia, A. Renteria, *Teoria e pratica delle fonti del diritto*, Carocci, Roma, 2008, pp. 179-180. Per B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Cedam, Padova, 1993, pp. 116-117, l'espressione che qualifica il bando come *lex* della gara è volta ad esprimerne «l'articolazione strutturale» a contenuto generale «secondo uno schema concettuale del tutto simile a quello modulare adottato dalle fonti normative, dal quale si distingue soltanto per la forma». L'A. esclude la natura normativa dell'atto perché privo del carattere di novità ed espressione, piuttosto, di un «potere amministrativo, che sicuramente non rientra nel *numerus clausus* delle fonti normative previste dall'ordinamento».

¹¹⁶ Cons. di Stato, sez. V, 18 novembre 2004, n. 7555 in *giustizia-amministrativa.it*.

¹¹⁷ Tra i tanti, G. Della Cananea, *Gli atti amministrativi a carattere generale*, Cedam, Padova, 2000, p. 155 ss.

¹¹⁸ M.P. Vipiana, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa tra coerenza e flessibilità*, Giuffrè, Milano, 1990.

La qualificazione della natura giuridica del bando di gara come atto normativo ovvero atto amministrativo generale determina rilevanti conseguenze in termini di tutela giurisdizionale.

A fronte di un atto regolamentare è, infatti, pacificamente ammessa una tutela impugnatoria nonché, secondo la più recente giurisprudenza, una tutela derivante dalla disapplicazione del regolamento. Il regolamento è, quindi, in linea di principio suscettibile di impugnazione¹¹⁹ da parte del privato a seguito della lesione della propria posizione soggettiva da esperire nel termine ordinario di decadenza. La più innovativa impostazione giurisprudenziale ritiene, altresì, esperibile un potere di disapplicazione¹²⁰ in capo al giudice amministrativo. La tesi della disapplicazione dei regolamenti, del resto, privando di effetti l'atto normativo unicamente rispetto alla controversia specifica esaminata, è quella che meglio risponde al principio di primazia della legge e che più efficacemente soddisfa il criterio di gerarchia delle fonti.

Lo strumento della disapplicazione non è, invece, ammissibile a fronte di un atto amministrativo generale, salvo per le ipotesi devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in cui si faccia questione di diritti soggettivi¹²¹.

Il bando di gara, in quanto atto amministrativo generale è, quindi, esclusivamente impugnabile nell'ordinario termine di decadenza.

Il bando di gara è, in sintesi: un atto amministrativo generale, d'indole imperativa, recante il complesso delle regole cui devono attenersi sia i concorrenti che l'Amministrazione; è costitutivo di effetti, eventualmente anche derogatori rispetto alla disciplina introdotta dalle fonti di rango primario o regolamentare e come tale non è disapplicabile da parte dell'Amministrazione e del giudice amministrativo, potendo essere oggetto solo di specifica impugnativa; deve essere interpretato secondo il criterio formale (testuale ed oggettivo), con esclusione di letture ermeneutiche in chiave

¹¹⁹ Al riguardo è opportuno distinguere i regolamenti c.d. volizione-azione che, rivolgendosi direttamente ai privati, sono sottoposti a un onere di immediata impugnazione da far valere nel termine di decadenza a pena di successiva inoppugnabilità, dai regolamenti c.d. volizione-preliminare che, invece, non regolamentando la posizione del privato ma la condotta della p.a., non determinano una lesione immediata della posizione giuridica del privato per cui l'onere di impugnazione matura solo con l'adozione dell'atto applicativo che dovrà essere impugnato unitamente al regolamento da cui trae fonte. In disparte si collocano i c.d. regolamenti misti in cui è possibile riscontrare sia disposizioni programmatiche sia disposizioni immediatamente lesive, il cui regime varia a seconda della natura delle prescrizioni che si assumono illegittime.

¹²⁰ Potere sussistente sia nel caso di contrasto del provvedimento impugnato con il regolamento, c.d. rapporto di antipatia, mediante la disapplicazione del regolamento illegittimo e la validità del provvedimento poiché conforme alla legge; sia nel caso di conformità del provvedimento all'atto normativo, c.d. rapporto di simpatia. In questo secondo caso la difformità del regolamento e del suo atto applicativo rispetto alla legge non potrebbe altrimenti essere contestata qualora il giudice non disapplicasse il regolamento illegittimo, giungendo a un risultato *contra legem*.

¹²¹ Solo in questa ipotesi, infatti, alla stregua di quanto consentito al giudice ordinario dagli articoli 4 e 5 L.A.C., il giudice amministrativo può procedere incidentalmente alla disapplicazione dell'atto.

soggettiva ed integrativa, e con l'applicazione automatica e vincolata dell'esclusione laddove previsto dalla normativa di gara¹²².

Ciò detto in merito alla natura giuridica e al regime applicabile in caso di bando illegittimo è, però, opportuno precisare che il bando, stante la sua natura di atto endoprocedimentale, non è in generale autonomamente impugnabile. Difatti, qualora le imprese partecipanti ravvisino la violazione di regole procedurali nella redazione del bando, tali da determinarne l'illegittimità, devono impugnare il bando unitamente all'atto applicativo derivante dall'aggiudicazione definitiva. Solo in questo modo si verifica l'insorgenza dell'interesse a ricorrere attuale e concreto *ex art. 100 c.p.c.* necessario per legittimare l'impugnazione, sussistendo prima di tale momento una mera situazione di lesione potenziale e non autonomamente produttiva di pregiudizi reali.

In questa ipotesi rientrano, ad esempio, le illegittimità inerenti alla composizione della commissione o ai criteri di valutazione delle offerte. Analogamente, la giurisprudenza maggioritaria tende a ricomprendere in questa tipologia di violazioni non immediatamente lesive e quindi non immediatamente impugnabili, le clausole equivoche di dubbia interpretazione per le quali si prevede, però, a volte un regime di favore ritenendo ammissibile la sola impugnazione della clausola anche senza la previa ed immediata impugnazione del bando.

Qualora il bando contenga una disposizione contraria alla legge, lo strumento attraverso cui porre rimedio a tale illegittimità è, quindi, esclusivamente l'impugnativa del bando. Non sussiste, invece, alcun onere di tempestiva impugnazione quando si lamenti la mancanza nella disciplina di gara di un elemento ritenuto obbligatorio dall'ordinamento giuridico, soccorrendo al riguardo il meccanismo di integrazione automatica. Si fa riferimento, a tal proposito, alla c.d. eterointegrazione¹²³ del bando di gara per definire la tecnica attraverso la quale, alla stregua di quanto avviene nel diritto civile *ex artt. 1374 e 1339 c.c.*, si colmano in via suppletiva le eventuali lacune del provvedimento adottato dalla p.a.

In realtà, la possibilità di eterointegrare il bando va meglio specificata¹²⁴.

¹²² Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 28 luglio 2011, n. 14; 24 maggio 2011, n. 9; 27 gennaio 2003, n. 1; 4 dicembre 1998, n. 1/ord. in *giustizia.-amministrativa.it*.

¹²³ Sul principio di eterointegrazione e sui limiti alla sua applicazione, M. Mattiuzzi, *Ammissibilità e limiti della eterointegrazione del bando di gara*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 3, 2008, p. 202 ss. M. Asperone, *Il fenomeno delle norme autoesecutive nell'ambito delle opere pubbliche*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 13, 2008, p.1443 ss.

¹²⁴ G.M. Marengi, *Il bando di gara e la certezza delle regole negli appalti pubblici*, in *Gda*, 6, 2011, p. 683, ritiene che in assenza di una delimitazione puntuale dei confini giuridici del principio di eterointegrazione e dei suoi ambiti di applicazione, occorre valutare caso per caso se il bando di gara debba sempre intendersi integrato dalla legge o sussistano ipotesi che consentano ancora una piena affermazione del principio di autonomia della *lex specialis* di gara.

Secondo un orientamento¹²⁵ il principio dell'eterointegrazione negoziale sancito dall'art. 1339 c.c. non potrebbe trovare applicazione neppure in via analogica con riferimento al bando di gara, in ragione della diversa natura di tale atto rispetto all'accordo negoziale. Aderendo a questa tesi, neppure la sopravvenienza di una norma nel corso della procedura concorsuale consentirebbe l'eterointegrazione del bando di gara, potendo la stazione appaltante unicamente agire in autotutela per eliminare gli atti contrastanti con la norma sopravvenuta¹²⁶. Questo orientamento si basa sull'idea di fondo per la quale le regole della procedura di gara sono regole rigide e insuscettibili di variazioni per tutto il corso della procedura. Consentire di apportare modifiche al bando di gara durante lo svolgimento della procedura, infatti, significherebbe violare il principio del legittimo affidamento di tutti gli operatori che abbiano preso parte alla procedura, rischiando di produrre nei loro confronti effetti pregiudizievoli. Pertanto, la stazione appaltante che si accorga di aver violato i principi concorrenziali nella redazione del bando non potrà disapplicarlo o annullarlo, poiché vincolata alla stregua delle imprese concorrenti alla *lex specialis*. Come affermato a più riprese dalla giurisprudenza amministrativa, infatti, con l'adozione del bando la p.a. consuma la propria discrezionalità potendo, al più, offrire un supporto integrativo-interpretativo laddove le clausole siano dubbie e suscettibili di plurime interpretazioni. Da ciò deriva che ogniqualvolta la stazione appaltante ravvisi un'illegittimità nella predisposizione del bando, potrà esclusivamente agire in via di autotutela mediante l'esercizio della funzione di riesame. Solo attraverso il corretto esercizio del potere generale di autotutela sarebbe, quindi, possibile mutare il contenuto del bando, previa ponderazione dell'affidamento maturato in capo ai partecipanti. Il principio del legittimo affidamento rappresenta, in sostanza, un limite che si frappone all'eterointegrazione ove si profili un pregiudizio a soggetti che hanno considerato il bando l'unico riferimento di disciplina della gara¹²⁷. Se, però, l'eterointegrazione è

¹²⁵ Secondo G. D'Elia, *Il bando come lex specialis e la natura degli atti amministrativi a contenuto generale*, in *Foro Amm. - C.d.S. (II)*, 2, 2010, 327, Nota a: Cons. Stato, 26 novembre 2009, n.7443, sez. IV, l'omessa indicazione nel bando di gara di una prescrizione imperativa contenuta in un atto normativo rappresenta un vizio di validità dell'atto che, in omaggio al principio di diritto comune secondo cui *utile per inutile non vitiatur*, sarà sanato attraverso l'integrazione dell'atto con le prescrizioni normative mancanti. In tal senso si esclude l'operatività degli strumenti privatistici ex artt. 1339 c.c. o 1374 c.c. sostenendo che l'integrazione automatica rappresenti un corollario del principio di legalità nonché il prodotto della forza propria dell'atto normativo contenente prescrizioni imperative, che non tollera deroghe se non da parte di altri atti dotati della medesima capacità normativa.

¹²⁶ Ad esempio, sostiene TAR Lazio, Roma, Sez. II bis, 26 settembre 2017, n. 9921, in *Giur. It.*, 1, 2018, che mediante i "chiarimenti" gli organi della procedura di aggiudicazione possono soltanto fornire interpretazioni delle regole di gara, mentre è preclusa ogni innovazione della *lex specialis* di gara veicolata mediante tale strumento.

¹²⁷ È agevole constatare come tale evenienza darebbe luogo a una disparità di trattamento tra i concorrenti che hanno presentato le proprie offerte in base alle regole stabilite dal bando e coloro i quali, invece, sulla base delle stesse abbiano deciso di non partecipare, violando i valori della libera concorrenza.

funzionale a favorire la massima partecipazione, producendo effetti favorevoli in capo alla platea dei partecipanti, essa è sovente ritenuta ammissibile¹²⁸.

Può dirsi, quindi, che in presenza di determinate condizioni è ben possibile ricorrere a tale meccanismo suppletivo ed eccezionale. È questa, infatti, la tesi sostenuta dalla giurisprudenza maggioritaria la quale, tuttavia, subordina tale eventualità alla circostanza che si tratti di regola imperativa autoapplicativa¹²⁹ e, al contempo, che tale operazione non provochi violazioni al principio di libera concorrenza. Il tema dell'eterointegrazione del bando ha assunto una valenza specifica a seguito dell'introduzione del principio della tassatività delle clausole di esclusione¹³⁰ del bando, avvenuto a seguito del D.L.13 maggio 2011, n. 70 che ha inserito il co. 2-bis all'art. 46 del previgente Codice, poi recepito nel nuovo codice all'art. 83 co. 8¹³¹. Tale principio è, infatti, interpretato dalla giurisprudenza in senso sostanziale, ritenendo che sussista una causa di esclusione implicita ogniqualvolta esista una norma imperativa che sancisce un obbligo o un divieto. In base a tali principi, cioè, un concorrente può essere escluso se non adempie un obbligo previsto da una norma imperativa anche se il bando è silente sul punto, soccorrendo a tal fine il principio di eterointegrazione¹³².

¹²⁸ E. Boscolo, *Il divieto di eterointegrazione del bando: certezza e stabilità della lex specialis*, in *Giur. It.*, 1, 2018, p. 176. L'A. ritiene che l'unico dato certo è l'imprescindibilità di un bilanciamento tra le ragioni dell'eterointegrazione e le esigenze di protezione dei singoli, per cui in caso di una modificazione del bando suscettibile di alterare la posizione dei soggetti a cui tale atto si era rivolto, è necessario che il bando sia ripubblicato per ricollocare tutti i possibili interessati sulla stessa linea.

¹²⁹ Si veda, *ex multis* TAR Sicilia, sez. IV, Catania, 16 giugno 2017 n. 1454, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui: «Il principio di eterointegrazione del bando di gara è configurabile esclusivamente in presenza di norme imperative recanti una rigida predeterminazione dell'elemento destinato a sostituirsi alla clausola difforme. A detto potere di eterointegrazione deve farsi ricorso in modo accorto, in quanto la legge di gara deve essere interpretata secondo le regole dettate dagli artt. 1362 ss. c.c., in base alle quali va comunque attribuito valore preminente all'interpretazione letterale, in coerenza con i principi di chiarezza e trasparenza, escludendo interpretazioni integrative contrarie al canone della buona fede interpretativa di cui all'art. 1366 c.c.».

¹³⁰ L'art. 80 del D.lgs. 18.04.2016, n. 50, rubricato «Motivi di esclusione», contiene l'elenco dei requisiti di carattere generale che devono possedere le imprese concorrenti a pena di esclusione dalla gara. In ogni caso, per orientamento consolidato della giurisprudenza, le norme di legge e del bando che disciplinano i requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche devono essere interpretate nel rispetto del principio di tipicità e tassatività. Per un approfondimento sulle novità normative si veda F. Manganaro, M. Germanò, *Nuove disposizioni normative sulle cause di esclusione da una procedura di appalto pubblico*, in *Urb. App.*, 3, 2019, p. 301.

¹³¹ Nella parte in cui stabilisce che: «I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti». L'art. 83 del Codice degli appalti si segnala anche perché disciplina l'istituto del soccorso istruttorio, sul quale si rimanda a E. Frediani, *Il soccorso della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Dir. Amm.*, 3, 2018, p. 623 ss. e, più in generale, a M. Mattalia, *Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 3, 2017, p. 573 ss. nonché F. Mastragostino, *Motivi di esclusione e soccorso istruttorio dopo il correttivo al Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. App.*, Ipsosa, Milano, 6, 2017, p. 745 ss.

¹³² Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9 in *Foro it.*, 2014, III, p. 429, ribadisce che qualora il bando non richiami espressamente determinati adempimenti doverosi a pena di esclusione, la portata

Se, però, volutamente l'amministrazione abbia omissis di disciplinare un determinato profilo, bisognerà valutare, ai fini della eterointegrazione, il contenuto della norma ignorata dal bando e, in particolare, se e quali siano le conseguenze che derivano dall'omessa applicazione della legge.

5. Come si è avuto modo di chiarire, l'atto amministrativo generale destinato alla cura concreta di interessi pubblici e con effetti nei confronti di una pluralità di destinatari, non possiede di norma il carattere di immediata lesività, per cui è impugnabile solo a seguito dell'adozione dell'atto applicativo e congiuntamente a esso. Tale regola subisce, però, un'eccezione laddove l'atto amministrativo sia direttamente ed immediatamente produttivo di effetti pregiudizievoli in capo al privato, legittimando in questo caso un'immediata impugnazione.

Il bando di gara contiene al suo interno una pluralità di prescrizioni rivolte alle imprese partecipanti alla procedura e finalizzate a consentire alle medesime di presentare un'offerta valida.

Le regole di evidenza pubblica assolvono ontologicamente una funzione proconcorrenziale, perciò i provvedimenti che si pongano in contrasto con tali regole violano i principi a tutela della libera concorrenza.

Il bando di gara, nella misura in cui richiede per la partecipazione alla procedura determinati requisiti, va a circoscrivere il proprio mercato all'interno del settore di riferimento. Da ciò discende che se gli atti che disciplinano la gara richiedono agli offerenti il possesso di caratteristiche che non ammettano equivalenti o che, pur ammettendoli, ne frustrino il rapporto di equivalenza strutturale e funzionale, si produce una violazione del principio di parità tra i concorrenti¹³³.

Considerato il silenzio del legislatore che non è mai intervenuto sul punto, è spettato alla giurisprudenza il compito di delimitare l'ambito di applicazione del regime di impugnazione dei bandi di gara facendo applicazione dei principi¹³⁴ che regolano l'ammissibilità del ricorso giurisdizionale. Come ogni disciplina di derivazione giurisprudenziale, però, l'assenza di regole certe produce interpretazioni che costituiscono spesso il riflesso del caso specifico, divenendo oscillanti e poco prevedibili, con conseguenze sulla tutela dei concorrenti.

Come anticipato, normalmente le clausole del bando di gara non sono immediatamente lesive. Non pregiudicano, cioè, la posizione dell'impresa concorrente che può partecipare alla gara presentando una propria offerta. La lesione si produce

imperativa delle norme che li prevedono conduce, ai sensi dell'art. 1339 c.c., alla eterointegrazione del bando e successivamente, in caso di violazione dell'obbligo, all'esclusione del concorrente.

¹³³ M. Esposito, *Disciplina degli appalti pubblici e legittimazione a ricorrere a tutela della concorrenza*, in *Giustamm.it*, 5, 2016.

¹³⁴ Tali principi richiedono che l'interesse sostanziale e l'interesse ad agire siano caratterizzati dai requisiti della personalità e della attualità e che la lesione subita dal ricorrente sia conseguenza immediata e diretta del provvedimento, concreta e non meramente potenziale, e debba persistere al momento della decisione del ricorso. Sul punto, si veda più approfonditamente il capitolo primo.

solo nel momento in cui sopravviene il provvedimento finale dell'aggiudicazione a favore di un'altra impresa in gara e, pertanto, è solo in questo momento che si concretizza l'interesse idoneo a legittimare¹³⁵ un ricorso giurisdizionale. L'impugnazione della clausola per effetto della quale l'impresa aggiudicataria ha ottenuto l'affidamento, può infatti avvenire unitamente e congiuntamente a quella del provvedimento finale. Ci si riferisce a tal proposito alla c.d. impugnativa congiunta o doppia impugnativa, perché l'impugnazione avviene congiuntamente nei confronti dell'atto applicativo e della prescrizione del bando ritenuta illegittima.

Questo perché in presenza di una clausola illegittima del bando, il concorrente non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, in quanto non è in grado di conoscere se tale illegittimità sarà in grado di compromettergli l'aggiudicazione con conseguente lesione della propria situazione soggettiva. L'aggiudicazione costituisce, infatti, il bene della vita che l'interessato intende conseguire attraverso la gara e, in caso di illegittimo diniego della stessa, mediante la tutela giurisdizionale. Solo qualora ciò dovesse effettivamente verificarsi, la lesione assumerà concretezza restando, prima di quel momento, meramente astratta e potenziale. È, infatti, solo la sussistenza di una lesione concreta ed attuale della situazione soggettiva dell'interessato a far emergere l'interesse all'impugnazione.

Diversa è l'ipotesi in cui il bando di gara contenga al suo interno delle clausole c.d. immediatamente escludenti, idonee a pregiudicare la stessa partecipazione alla gara da parte delle imprese interessate alla procedura.

Generalmente appartengono a questa categoria le clausole del bando che richiedono determinati e stringenti requisiti soggettivi, tali da escludere *ab origine* la partecipazione per una ingente categoria di soggetti.

Un'ipotesi paradigmatica, in questo senso, è data dai c.d. bandi-fotografia, in cui le stazioni appaltanti individuano dei requisiti di partecipazione specifici, come ad esempio il possesso di una data autorizzazione rilasciata da un determinato ente, finalizzati a favorire la presentazione di offerte di determinati soggetti ed escluderne la restante parte.

La categoria delle clausole immediatamente escludenti non è pacifica.

Secondo una risalente impostazione giurisprudenziale, infatti, non esistono clausole del bando immediatamente lesive degli interessi dei partecipanti alla gara. Tale tesi muove dall'assunto secondo cui l'interesse al ricorso sorge solo al momento dell'aggiudicazione finale, ripudiando l'eventualità che possano esistere clausole idonee a legittimare un'impugnazione prima di tale atto. L'amministrazione, del resto, potrebbe decidere anche di non dare applicazione alle clausole illegittime o interpretarle in maniera conforme alla legge o estensiva della partecipazione alla gara,

¹³⁵ In argomento, E.M. Barbieri, *Sulla legittimazione del concorrente illegittimamente ammesso ad una gara pubblica ad impugnarne il risultato*, in *Giustamm.it*, 10, 2012; M.L. Maddalena, *Legittima partecipazione alla gara, ammissibilità del ricorso e del danno da perdita di chance*, in *Urb. App.*, Ipsoa, Milano, 12, 2006, p. 1473 ss.

per cui potrebbe al più ipotizzarsi una facoltà di impugnazione immediata e non già un onere¹³⁶. Al contrario, una differente impostazione ha tentato di ampliare a dismisura i casi di immediata impugnabilità, attraverso l'attenzione verso interessi di carattere procedimentale e che individuano utilità di tipo strumentale, nell'ottica di una maggiore certezza dei rapporti giuridici e dell'autonoma tutela dell'interesse al corretto svolgimento della gara¹³⁷. In un'ottica marcatamente garantista una parte della giurisprudenza tende, quindi, ad ampliare il novero delle clausole immediatamente lesive, ivi includendo anche quelle che sebbene non incidenti su requisiti soggettivi di partecipazione, prevedano al contempo delle regole di difficile interpretazione in ordine alla presentazione delle offerte, per esempio richiedendo dati minimi e non meglio definiti di fatturato.

In realtà la tesi prevalente in giurisprudenza, è sempre stata di diverso avviso, riconoscendo una vera e propria categoria di clausole immediatamente escludenti, idonee a consentire all'impresa che si veda, per effetto della clausola ritenuta illegittima, preclusa la partecipazione alla gara, di proporre ricorso giurisdizionale avverso di essa. La *ratio* di fondo è quella di garantire la presenza sul mercato di tutti i soggetti potenzialmente idonei ad aggiudicarsi la gara, nel pieno rispetto dei principi concorrenziali e di proporzionalità, per cui ogniquale volta il bando violi questi principi nei criteri di redazione, si consente ai soggetti lesi di impugnare immediatamente e direttamente la clausola lesiva senza attendere l'esito della procedura.

È possibile individuare diverse tipologie di clausole escludenti. Tra queste vi è, *in primis*, quella relativa a presupposti di ammissione o di partecipazione alla gara con riguardo a requisiti soggettivi o di fatto, in assenza dei quali si determina immediatamente l'effetto escludente¹³⁸. Tali clausole, infatti, definiscono i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara, determinando l'impossibilità di partecipare alla procedura per quei soggetti che ne siano privi. La clausola assume una valenza escludente proprio perché manifesta la sua portata lesiva indipendentemente dall'esito della gara e in un momento anteriore al suo svolgimento, ovvero quello nel quale tali requisiti sono assunti come regole per l'amministrazione, impedendo *ex ante* la mera possibilità di partecipazione. Tale circostanza fa sì che sia il bando e non un successivo provvedimento legato allo svolgimento della gara, a determinare la lesione

¹³⁶ Per l'analisi di alcune problematiche legate all'impugnazione dei bandi di gara si vedano D. Vaiano, *L'onere dell'immediata impugnazione del bando e della successiva partecipazione alla gara tra legittimazione ad agire ed interesse a ricorrere*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2004, p. 693 ss.; S. Raimondi, *Procedimento amministrativo e attualità dell'interesse a ricorrere* (Relazione al Convegno su "L'impugnabilità degli atti amministrativi- giornate di studio dedicate a Eugenio Cannada Bartoli. Siena, Certosa di Pontignano, 13-14 giugno 2008), in *Giustamm.it*, 2008.

¹³⁷ Con il rischio di valorizzare l'interesse generale alla legittimità dell'azione amministrativa piuttosto che la soddisfazione della situazione soggettiva fatta valere. Per una ricostruzione del quadro giurisprudenziale vigente prima della celebre pronuncia dell'Adunanza Plenaria 8 gennaio 2003 n. 1, si veda l'ordinanza del Cons. Stato, V sez. 6 maggio 2002, n. 2406, in *Cons. Stato*, 2002, I, p. 1029.

¹³⁸ V. Ferreri, *L'immediata impugnabilità del bando di gara in presenza di clausole c.d. escludenti*, in *Riv. trim. app.*, 2, 2012, pp. 265- 272.

dell'interesse delle imprese pretermesse, insistendo sulla possibilità di partecipare alla procedura e, conseguentemente, di conseguire l'aggiudicazione. In questa ipotesi, l'atto di esclusione dalla procedura si configura come meramente dichiarativo e ricognitivo di una lesione già prodotta¹³⁹. Analogamente, sussiste un onere di immediata impugnazione delle clausole del bando qualora ai fini della partecipazione siano previsti oneri manifestamente incomprensibili del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gara o della procedura concorsuale. È opinione condivisa quella secondo la quale anche le clausole c.d. illegittime, anche se non immediatamente escludenti, eppure comunque inidonee a incidere sulla corretta formulazione dell'offerta, possano essere oggetto di una immediata contestazione pure in assenza della presentazione della domanda di partecipazione alla gara¹⁴⁰.

In sostanza, il rapporto tra impugnabilità non immediata e impugnabilità immediata del bando è sussumibile nel rapporto esistente tra regola-eccezione. La regola è, infatti, rappresentata dall'impugnazione congiunta del bando e del provvedimento finale, a seguito del quale viene identificato in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo la lesione alla posizione soggettiva del partecipante attuale e concreta. L'eccezione riguarda, invece, quei bandi idonei a generare immediatamente e direttamente una lesione alla posizione dell'interessato, in virtù di una lettura sostanzialistica ed aperta del *favor participationis*, ancorata ai principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa da un lato e, dall'altro, alla massima apertura del mercato consentita senza violare l'affidamento dei singoli concorrenti.

Questa ricostruzione è, del resto, quella accolta dalla giurisprudenza consolidata.

6. Si fa riferimento in particolare alla storica pronuncia del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 29 gennaio 2003 n. 1¹⁴¹, con la quale si è stabilito il principio secondo cui la regola generale è quella per cui soltanto colui che ha partecipato alla gara è legittimato ad impugnare l'esito della procedura, in quanto soltanto in capo a quest'ultimo è ravvisabile una posizione differenziata. I bandi di gara e di concorso e

¹³⁹ Cons. Stato, Sez. V, 7 giugno 2011, n. 3413, in *www.giustizia-amministrativa.it*

¹⁴⁰ Come sottolinea A. Nicodemo, *Immediata impugnabilità dei bandi di gara: il passo in avanti del Consiglio di Stato* [Nota a sentenza: Cons. Stato, sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671], in *Giustamm.it*, 1, 2013, è evidente che in un tal caso non ci confrontiamo con prescrizioni immediatamente escludenti che non consentono la partecipazione alla gara ad alcune imprese, ma con prescrizioni che impediscono a tutti i potenziali concorrenti la corretta formulazione dell'offerta in virtù del fatto che non si riesce correttamente a determinare il rapporto tra il sacrificio economico che il concorrente deve sostenere e il risultato positivo che può derivare dall'eventuale aggiudicazione della gara. Sulla possibilità di ottenere una tutela anticipata contro il bando di gara, pur in assenza della presentazione dell'offerta, quando sia molto probabile l'esclusione per la mancanza dei requisiti richiesti e, quindi, sia del tutto inutile pretendere l'onere della presentazione dell'offerta cfr. anche L. Ieva, *Sull'interesse ad agire negli appalti pubblici nella prospettiva del diritto comunitario*, in *Urb. App.*, Ipsa, Milano, 2, 2007, p. 210 ss.

¹⁴¹ Cons. Stato Adunanza Plenaria 29 gennaio 2003 n. 1, in *Foro amministrativo* (II) C.d.S., 2003, n. 1, p. 79, con commento di P. Pizza, *L'Adunanza plenaria e l'impugnazione diretta dei bandi*.

le lettere di invito vanno, pertanto, normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione. Tali atti applicativi, infatti, identificano il soggetto leso dal provvedimento e rendono attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato. Tale regola, tuttavia, conosce delle eccezioni ogniqualvolta il bando di gara produce immediatamente una lesione¹⁴². In questo caso, infatti, il pregiudizio subito si traduce in un impedimento nell'accesso alla gara o, di fatto, in una inutile o eccessivamente gravosa partecipazione, facendo emergere l'interesse a ricorrere in un momento antecedente all'aggiudicazione. Per contro, ipotizzare la sussistenza di un interesse "a che la scelta del contraente sia effettuata nel rispetto delle norme che impongono all'amministrazione comportamenti obbligati nel disciplinare, a mezzo del bando, il relativo procedimento" rischia di creare una confusione tra l'oggetto dell'interesse ed il tipo di protezione che l'ordinamento accorda, poiché l'oggetto dell'interesse protetto è l'aggiudicazione, ma esso è protetto dall'ordinamento nei limiti in cui la gara sia legittima¹⁴³. E che debba essere così è implicito nel sistema processuale attuale, in quanto processo di parti ed espressione di una giurisdizione di tipo soggettivo¹⁴⁴.

Alla base dell'indirizzo volto ad affermare sempre l'immediata impugnabilità dei bandi di gara sta pertanto - come già accennato - una impropria e non condivisibile frammentazione dell'unico interesse protetto in un fascio diverso di interessi, ai quali si vorrebbe fornire, attraverso l'immediata impugnazione del bando, tutela autonoma ed anticipata in situazioni nelle quali in realtà non si sa ancora se l'evento lesivo si verificherà ovvero se esso manterrà una portata meramente potenziale.

Successivamente al pronunciamento dell'Adunanza Plenaria, ribadito dalla successiva pronuncia 7 aprile 2011 n. 4¹⁴⁵, la giurisprudenza maggioritaria ha recepito il principio di diritto espresso dall'orientamento nomofilattico, favorendo la

¹⁴² Ivi incluse le ipotesi in cui a tale impugnazione immediata deve ritenersi legittimato anche colui che non ha proposto la domanda di partecipazione, sulle quali *supra* § 1. In osservanza a tali principi la giurisprudenza successiva ha, infatti, utilizzato la "clausola di apertura" contenuta nella sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 29 gennaio 2003 n. 1, che non esclude l'immediata impugnazione del bando di gara o della lettera di invito in presenza di «clausole che impongano, ai fini della partecipazione, oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara o della procedura concorsuale, e che comportino sostanzialmente l'impossibilità per l'interessato di accedere alla gara ed il conseguente arresto procedimentale» per considerare "immediatamente escludenti", e quindi da impugnare immediatamente, (anche) clausole attinenti alla formulazione dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico laddove esse rendano (realmente) impossibile la presentazione di una offerta; legittimando alla contestazione giurisdizionale anche l'operatore che non ha proposto la domanda partecipativa. Sul tema, *ex multis*, N. Pecchioli, *Lesione dell'interesse sostanziale alla partecipazione alla gara e impugnazione del bando da parte del non concorrente*, in *Giustamm.it*, 5, 2004; R. Casini, G. Gagliardini, B. Biancardi, *L'onere di immediata impugnazione del bando e la necessità (o meno) di partecipare alla gara: dall'Adunanza Plenaria n. 1/2003 ai recenti sviluppi giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 4, 2018.

¹⁴³ In questi termini, la già citata sentenza dell'Adunanza Plenaria 29 gennaio 2003 n. 1.

¹⁴⁴ *Infra* § 5.

¹⁴⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4, in *Foro.it*, 2011, III, p. 306.

progressiva creazione di una vera e propria casistica per le ipotesi di immediata impugnazione del bando di gara¹⁴⁶. Al contempo vi sono stati, però, diversi tentativi da parte della giurisprudenza tesi ad ampliare le ipotesi di immediata impugnabilità del bando di gara, con l'obiettivo di garantire un'anticipazione della tutela. Uno dei motivi ricorrenti propugnava un rafforzamento delle finalità deflative del contenzioso e del principio di effettività della tutela, riducendo al tempo stesso i margini di incertezza a tutela del corretto svolgimento della procedura. Analizzando più a fondo i termini della questione è facile constatare come un tale orientamento, sebbene ispirato a un rafforzamento del principio di legalità in realtà, laddove recepito, finirebbe per ledere e non agevolare il diritto di difesa producendo una proliferazione di giudizi e un inevitabile rallentamento dell'azione amministrativa.

7. Il quadro di riferimento è mutato a seguito dell'introduzione del nuovo codice dei contratti pubblici che, come si vedrà più diffusamente nel prossimo capitolo, recependo in parte l'orientamento giurisprudenziale aveva introdotto un ulteriore rito speciale (super accelerato o mini rito o super speciale), creando una disciplina normativa per regolare una delle ipotesi di più frequente applicazione pratica di immediata impugnazione del bando, ovverosia quella relativa alle ammissioni ed esclusioni dalla procedura.

L'introduzione della nuova normativa ha costituito il pretesto per richiedere un nuovo intervento dell'Adunanza Plenaria, che si è pronunciata con la sentenza 26 aprile 2018 n. 4. Ci si interrogava, infatti, sull'opportunità di adottare un'interpretazione evolutiva, «idonea a conservarne la coerenza rispetto alle profonde trasformazioni che hanno investito il diritto degli appalti, mutandone impostazione e prospettive».

Con un'argomentata motivazione¹⁴⁷ l'Adunanza Plenaria ha, però, confermato la regola secondo cui solo le clausole immediatamente e direttamente lesive devono essere impugnate immediatamente, rimettendo le altre all'ordinario regime di impugnazione differito.

Nello specifico sono stati, quindi, ribaditi alcuni concetti fondamentali. Ci si riferisce *in primis* alla regola secondo cui l'operatore che non abbia presentato domanda di partecipazione alla gara non è legittimato a contestare le clausole di un bando di gara che non abbiano portata escludente, precludendogli con certezza la

¹⁴⁶ C. Mengoni, *Il regime di impugnazione dei bandi di gara: quid novi?*, in *Appalti e contratti*, 1-2, 2018, p. 63, ripropone tale elenco ricordando come la giurisprudenza abbia affermato la diretta impugnabilità di: regole impositive di oneri manifestamente incomprensibili o sproporzionati, clausole che rendono eccessivamente gravosa o impossibile la partecipazione alla gara o il calcolo di convenienza tecnica ed economica, clausole che rendono non conveniente il rapporto contrattuale o che prevedono dettami *contra ius* e gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione delle offerte.

¹⁴⁷ Attraverso la quale sono stati confutati gli argomenti apposti dalla tesi protesa ad ampliare le ipotesi di impugnazione immediata del bando di gara, ritenendo che non possano dedursi argomenti a contrario dall'analisi dell'evoluzione normativa e, in particolare, dalle disposizioni normative di cui all'art. 46 co. 1-bis del D.lgs. n. 163 del 2006, riprodotto dall'art. 83 comma 8 del vigente d. Lgs n. 50/2016; dell'art. 211 del D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 e dell'art. 120 co. 2-bis e 6 c.p.a

possibilità di partecipazione¹⁴⁸. Confermando i principi generali in tema di distinzione tra clausole immediatamente escludenti e clausole che necessitano della chiusura della procedura per l'impugnazione si è, altresì, evidenziato come l'art. 120 comma 5 del c.p.a. abbia conferito rango legislativo all'impostazione della decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 29 gennaio 2003 n. 1, prevedendo l'onere di immediata impugnazione del bando o dell'avviso di gara solo "in quanto autonomamente lesivo". Tale chiara indicazione rende un'interpretazione estensiva della norma difficilmente conciliabile con il dato letterale¹⁴⁹.

Se così non fosse e, quindi, se si consentisse l'immediata impugnazione di qualsiasi clausola del bando, si darebbe vita a effetti distorsivi e disincentivanti per il mercato e per l'apparato giurisdizionale. Tutte le imprese, infatti, sarebbero incentivate a proporre immediatamente l'impugnazione avverso le prescrizioni del bando anche se prive di portata escludente con conseguente aumento del contenzioso, e a dilatare la tempistica processuale per poi valutare, all'esito dell'aggiudicazione, se rinunciare al ricorso o meno. Al contrario, le stazioni appaltanti potrebbero avere interesse a rallentare l'espletamento delle procedure di gara contestate, per non vedersi vanificare il lavoro svolto fino a quel momento da un eventuale accoglimento del ricorso proposto avverso il bando.

La pronuncia in questione ha, quindi, ribadito il tradizionale orientamento secondo il quale vanno fatte rientrare nel "genus" delle "clausole immediatamente escludenti" le seguenti ipotesi:

a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale¹⁵⁰;

¹⁴⁸ Secondo l'Adunanza Plenaria, non vi sono infatti ragioni per mutare orientamento, tenuto conto che: «a) La presentazione di una domanda di partecipazione alla gara non sembra imporre all'operatore del settore alcuno spropositato sacrificio; b) in alcun modo la detta domanda di partecipazione può pregiudicare sul piano processuale il medesimo, tenuto conto della granitica giurisprudenza secondo cui "nelle gare pubbliche l'accettazione delle regole di partecipazione non comporta l'inoppugnabilità di clausole del bando regolanti la procedura che fossero, in ipotesi, ritenute illegittime, in quanto una stazione appaltante non può mai opporre ad una concorrente un'acquiescenza implicita alle clausole del procedimento, che si tradurrebbe in una palese ed inammissibile violazione dei principi fissati dagli artt. 24, comma 1, e 113 comma 1, Cost., ovvero nella esclusione della possibilità di tutela giurisdizionale"; c) 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».

¹⁴⁹ La stessa pronuncia, infatti, evidenzia come: «Laddove venissero ravvisati così imperiosi motivi per ritenere che l'obbligo di impugnazione immediata delle prescrizioni non escludenti del bando si imponga, ciò probabilmente non potrebbe avvenire in via ermeneutica ma dovrebbe passare per il vaglio della Corte costituzionale sulla compatibilità (rispetto ai precetti di cui agli articoli 24 e 97 della Costituzione) dell'inciso del comma 5 dell'art. 120 "autonomamente lesivi"».

¹⁵⁰ Esemplificativa sul punto è Cons. Stato, sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671. F.A. Caputo, *L'impugnazione delle clausole del bando afferenti ai criteri di valutazione delle offerte e i principi di cui all'Adunanza Plenaria n. 1/03*, in *Giustamm*, 8, 2009, p. 12, evidenzia l'importanza del canone ermeneutico del *clare loqui* nella formulazione dell'offerta onde sottolineare l'importanza della chiara e

b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile¹⁵¹;

c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta¹⁵²;

d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente¹⁵³;

e) clausole impositive di obblighi *contra ius*¹⁵⁴;

f) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" pt.);

g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso"¹⁵⁵.

I termini della questione della quale ci si occupa possono essere sintetizzati attraverso l'analisi del rapporto tra due valori emergenti e al tempo stesso connaturati con l'idea di un libero mercato: il principio della *par condicio* e quello del *favor participationis*.

Il primo mira a garantire che la gara sia condotta in un contesto con regole determinate, assicurando a tutti uguali potenzialità di sviluppo, senza che arbitrari comportamenti della stazione appaltante possano avvantaggiare alcuni soltanto dei partecipanti¹⁵⁶. Il secondo, invece, tende ad agevolare una partecipazione quanto più ampia possibile¹⁵⁷ alle gare, al precipuo fine di consentire alla stazione appaltante la

puntuale indicazione nel bando dei requisiti e delle modalità per la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica.

¹⁵¹ Cons. Stato Adunanza Plenaria 29 gennaio 2003 n. 1, in *Foro amministrativo* (II) C.d.S., 2003, 1, p. 79. Sul tema D. Gentile, *Impugnazione diretta del bando per incongruità dei prezzi unitari*, in *Urb. App.*, 10, 2008, p. 1176 ss.

¹⁵² Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980 in *giustizia-amministrativa.it*. Sul punto si veda anche A. Cancrini, *Impugnazione diretta delle clausole impossibili*, *Urb. App.*, Ipsoa, Milano, 3, 2007, p. 375 ss.

¹⁵³ Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135, Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015 n. 293, in *giustizia-amministrativa.it*. Sull'argomento anche C. Altavista, *Clausole dei bandi che prevedono oneri eccessivi*, in *Urb. App.*, Ipsoa, Milano, 4, 2011, p. 449 ss.

¹⁵⁴ Come ad esempio la cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: cfr. Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222

¹⁵⁵ Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011 n. 5421, in *giustizia-amministrativa.it*.

¹⁵⁶ In questi termini L. Lombardi, *Clausole ambigue ed impugnazione del bando di gara*, in *Urb. App.*, Ipsoa, Milano, 8, 2007, p. 999.

¹⁵⁷ Il tema della partecipazione alle gare d'appalto è tradizionalmente oggetto di studi e approfondimenti sotto molteplici aspetti. Sul punto, ad esempio, cfr. M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Volontariato sussidiarietà mercato*, Cacucci, Bari, 2008, p. 222 ss., affronta il tema della partecipazione alle gare d'appalto da parte delle associazioni del terzo settore.

scelta del miglior contraente, tanto più effettiva quanto più è ampio il numero degli offerenti.

Sebbene ad una prima analisi possa sembrare sussistente una tensione dialettica insuperabile tra i due principi, è forse opportuno evidenziare come la soluzione possa essere ricercata nell'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio fra l'esigenza di garantire la massima partecipazione alla gara e quella di proteggere e tutelare le imprese concorrenti che hanno rispettato le prescrizioni del bando, assumendosene gli oneri¹⁵⁸. Ed è proprio questa l'operazione che tenta di comporre la giurisprudenza quotidianamente, cercando di coniugare al meglio le contrapposte esigenze con l'obiettivo primario di non rendere vano il principio di effettività della tutela cui aspira l'ordinamento.

Qui viene in gioco la funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria che, puntando ad assicurare certezza laddove certezza non c'è, in ottemperanza a quello che è uno degli obiettivi fondamentali dell'ordinamento giuridico¹⁵⁹, conferma a distanza di quindici anni il medesimo indirizzo interpretativo, rimasto pressoché invariato nonostante i plurimi e reiterati interventi normativi in materia¹⁶⁰, rassicurando l'interprete sulla solidità di quella che oggi può essere definita una vera e propria regola di matrice giurisprudenziale¹⁶¹. Come si spiega tutto questo? Focalizzando l'attenzione

¹⁵⁸ B. De Rosa, *La rigidità delle clausole di esclusione dalle gare per motivi esclusivamente formali*, in *Riv. Giur. Edil.*, I, 2002, p. 979.

¹⁵⁹ A. Meale, *La legittimazione all'impugnazione della lex specialis*, in *Urb. App.*, Ipsosa, Milano, 6, 2018, p. 803, sostiene che la certezza del diritto (e dei mezzi di impugnazione) in quanto obiettivo primario dell'ordinamento posto a presidio degli operatori economici e del diritto, non può consentire che vengano introdotti margini di incertezza in un sistema di tutela già fragile e di difficile accesso.

¹⁶⁰ È agevole constatare come dal 2003 (anno di pronunciamento della prima celebre pronuncia sul tema, più e più volte citata) al 2018 (anno in cui è stata emanata l'altra pronuncia alla quale si fa riferimento nel presente capitolo) siano intervenuti in recepimento delle Direttive dell'Unione europea due codici dei contratti pubblici, D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163; D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 con relativi aggiornamenti e correttivi, nonché il codice del processo amministrativo, attraverso il D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, rivoluzionando l'intero ordinamento.

¹⁶¹ Si definisce "giurisprudenza normativa" quel fenomeno di recente espansione in tutti i settori del diritto che consente alla giurisprudenza – in particolar modo agli organi dotati di funzione nomofilattica – di creare vere e proprie regole in mancanza di una disciplina normativa, in potenziale contrasto con l'art 101 Cost. In realtà di "diritto giurisprudenziale" si parla sin dagli anni '60, sebbene solo di recente il fenomeno della giurisprudenza normativa sia stato inquadrato nell'ambito della cd. *soft law*. Ciò accade perché nell'attuale assetto delle fonti è sempre più diffusa da parte dei giudici l'esigenza di riempire di contenuto il sistema poiché, utilizzando la definizione di Cass. Civ., Sez. III, 11 maggio 2009 n. 10741, in *Danno e responsabilità*, 2, 2010, p. 144 ss. « pur essendo di *civil law* e, quindi, non basato su soli principi generali [...], si configura come semi-aperto [...] perché fondato non solo su disposizioni di legge riguardanti dettagliate e settoriali discipline ma anche su c.d. clausole generali [...] che scientemente il legislatore trasmette all'interprete per consentirgli, nell'ambito di una più ampia discrezionalità, di attualizzare il diritto, anche mediante l'individuazione (là dove consentito, come nel caso dei diritti personali, non tassativi) di nuove aree di protezione di interessi». Nel diritto amministrativo è meno frequente che in altri rami dell'ordinamento – sebbene non del tutto assente, come dimostrato dalla disciplina di impugnazione dei bandi di gara – il proliferarsi di un diritto giurisprudenziale, in virtù dell'esigenza di stabilità e di certezza che permea l'attività amministrativa a tutela e garanzia dei privati cittadini. Il nostro ordinamento, tuttavia, tenta di contenere il fenomeno

sull'aspetto principale della questione, ossia sull'applicazione dei principi generali in materia di impugnazione dei bandi di gara e di interesse al ricorso, sui quali fondamentalmente si basava il vecchio sistema e, a maggior ragione, si basa quello moderno.

Tale approdo ermeneutico non può che convincere, poiché riesce a conciliare l'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale tra le diverse offerte, con l'interesse delle singole imprese concorrenti alla partecipazione alla procedura di evidenza pubblica.

Si tratta, d'altro canto, della semplice applicazione pratica del principio di buon andamento *ex art. 97 Cost.*, inteso sia nell'ottica del miglior rapporto costi-benefici, sia nella più recente manifestazione del principio di buona amministrazione che risponde ad un nuovo modello di amministrazione, sviluppatosi nel diritto vivente perché permeato dai principi¹⁶² del diritto dell'Unione Europea e posto a garanzia di tutte le situazioni giuridiche soggettive del privato coinvolte dall'esercizio del potere amministrativo.

Il problema è sostanzialmente immutato: comprendere fino a che punto ci si può spingere senza perdere di vista il fondamentale presupposto cui è improntato l'attuale sistema di giustizia amministrativa, ovvero l'effettività della tutela delle posizioni soggettive. In questo senso, si può condividere l'idea di un bene della vita da proteggere più ampio di quello tradizionale, che elevi incondizionatamente i valori della libertà di concorrenza e qualità della procedura al punto da alterare il sistema? Evidentemente no.

In questa prospettiva assume un ruolo centrale la distinzione tra l'interesse all'aggiudicazione, fine ultimo e tangibile del concorrente, e quello alla legittimità, correttezza e regolarità della procedura di gara, che pur potendo rilevare quale

attraverso la previsione di misure processuali che, favorendo l'uniforme interpretazione della legge, applicano una sorta di principio debole dello *stare decisis* in base al quale pur non stabilendo la vincolatività del precedente, come nei sistemi anglosassoni di *common law*, si mira a rafforzare l'uniformità della giurisprudenza e a tutelare l'affidamento nella stabilità dei principi di diritto. Emblematico è in tal senso il principio espresso dall'art. 99 co. 3 c.p.a., sebbene strumenti analoghi vi siano anche nel giudizio civile *ex art. 374 c.p.c.* e in quello penale ai sensi dell'art. 618 co. 1-*bis*.

¹⁶² Nello specifico ci si riferisce all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, rubricato «Diritto ad una buona amministrazione», così stabilisce:

«1. Ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione.

2. Tale diritto comprende in particolare: a) il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio; b) il diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale; c) l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni.

3. Ogni persona ha diritto al risarcimento da parte dell'Unione dei danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni, conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri.

4. Ogni persona può rivolgersi alle istituzioni dell'Unione in una delle lingue dei trattati e deve ricevere una risposta nella stessa lingua».

strumento della tutela giurisdizionale non può, però, assurgere a scopo ultimo della stessa, onde evitare un'inammissibile deriva oggettivistica della giurisdizione amministrativa¹⁶³.

Tale scetticismo trova conferma oltre che nella giurisprudenza, anche in una recente modifica normativa che, vanificando di fatto il passo in avanti mosso dal legislatore, ha abrogato il rito super accelerato.

In realtà, però, come si avrà modo di approfondire nei successivi capitoli, è ben possibile ricostruire diversamente i termini della questione, riconoscendo l'esistenza di una sorta di categoria intermedia tra l'interesse finale e quello procedimentale al mero rispetto delle regole che consente, a determinate condizioni, un'estensione della tutela attraverso una sua anticipazione.

8. Il rito c.d. super accelerato è stato introdotto dal legislatore in un'ottica di continuità con gli indirizzi interpretativi esaminati fino ad ora. L'obiettivo principale della novella normativa era, infatti, quello di introdurre una fase processuale *ad hoc* per contestare il procedimento di celebrazione della gara nella sua fase iniziale, quella in cui si definiscono le ammissioni e le esclusioni dalla procedura di affidamento all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali. Si introduceva in tal modo un sistema¹⁶⁴ di tutela giurisdizionale a duplice fase che, attraverso l'art. 120, comma 2 *bis* c.p.a., consentiva di distinguere nettamente la fase iniziale della procedura di gara, relativa alle ammissioni ed esclusioni, da quella relativa all'aggiudicazione.

L'intervento legislativo è stato operato dall'articolo 204 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, che ha inserito nell'articolato del Codice del processo amministrativo, all'interno dell'articolo 120:

- Il comma 2-*bis*, secondo il quale:

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

- Il comma 6-*bis*, a mente del quale:

¹⁶³ In questi termini A. Di Cagno, *Immediata impugnabilità della clausola del bando di gara sul criterio di valutazione dell'offerta*, in *Urb. App.*, Ipsoa, Milano, 1, 2018, p. 101 ss.

¹⁶⁴ Sulla portata innovativa dell'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. si veda *ex multis* M.A. Sandulli, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 15, 2016.

Nei casi previsti al comma 2-*bis*, il giudizio è definito in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Su richiesta delle parti il ricorso è definito, negli stessi termini, in udienza pubblica. Il decreto di fissazione dell'udienza è comunicato alle parti quindici giorni prima dell'udienza. Le parti possono produrre documenti fino a dieci giorni liberi prima dell'udienza, memoria fino a sei giorni liberi prima e presentare repliche ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista della camera di consiglio, fino a tre giorni liberi prima. La camera di consiglio o l'udienza possono essere rinviate solo in caso di esigenze istruttorie, per integrare il contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale. L'ordinanza istruttoria fissa per il deposito di documenti un termine non superiore a tre giorni decorrenti dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della stessa. La nuova camera di consiglio deve essere fissata non oltre quindici giorni. Non può essere disposta la cancellazione della causa dal ruolo. L'appello deve essere proposto entro trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della sentenza e non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla sua pubblicazione.

La portata innovativa della norma era ancora più marcata considerando che si prevedeva un vero e proprio onere, e non una facoltà, di impugnazione immediata del provvedimento relativo a esclusioni e ammissioni.

L'omessa impugnazione avrebbe comportato, infatti, la generalizzata decadenza di tutte le contestazioni giurisdizionali aventi ad oggetto le ammissioni e le esclusioni stabilite nel corso del procedimento di gara e la preclusione dell'impugnabilità dell'aggiudicazione per invalidità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. Per delimitare l'ambito di applicazione della norma si prevedeva, poi, l'inammissibilità dell'impugnazione avverso la proposta di aggiudicazione, ove disposta - così superando definitivamente la precedente prassi che consentiva l'impugnazione facoltativa dell'aggiudicazione provvisoria - e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività, riportando tutta la disciplina a coerenza di sistema.

Può dirsi che, nonostante il rito super accelerato sia nato sotto una buona stella e con un ampio carico di aspettative, molteplici sono stati i problemi di coordinamento e di applicazione dell'istituto in questione. E tali problemi, come si avrà modo di analizzare nel successivo capitolo, hanno portato addirittura all'abrogazione della norma a circa tre anni dalla sua entrata in vigore.

Capitolo terzo

STRUMENTI GIURISDIZIONALI A TUTELA DEI CONCORRENTI

SOMMARIO 1. Introduzione. - 2. Il rito appalti. - 3. Il rito super accelerato: una vita breve e confusa. – 4. (Segue) Genesi e *ratio*. - 5. (Segue) Questioni problematiche tra compatibilità interna e sovranazionale. - 6. (Segue) La giurisprudenza salva la norma. - 7. (Segue) Il legislatore interno successivamente la abroga: quali scenari?

1. Dopo aver affrontato da un punto di vista sostanziale la dinamica dell'impugnazione dei bandi di gara, si procederà in questo terzo capitolo a esaminare da un punto di vista processuale la disciplina del giudizio in materia di appalti pubblici. Al fine di consegnare una completa analisi dell'argomento in questione ci si soffermerà dapprima sul rito ordinario e, in secondo luogo, sul rito super accelerato. Quest'ultimo, sebbene sia stato formalmente abrogato dal legislatore del 2019, lungi dall'essere "lettera morta" risulta invece indispensabile per meglio comprendere alcune problematiche irrisolte, come si avrà modo di spiegare nel prosieguo.

In materia di appalti pubblici, compito del legislatore delle ultime riforme è stato quello di cercare di coniugare in modo più efficiente, rispetto a quanto accadeva in passato, l'esigenza di celerità della conclusione delle procedure e della relativa stabilità, con l'onere di garantire una tutela adeguata e soddisfacente. Attraverso tali modifiche si è inteso perseguire un «riallineamento dell'oggetto della tutela giurisdizionale a quello dei procedimenti amministrativi sottostanti»¹⁶⁵, ovvero la scelta del miglior contraente per la pubblica amministrazione, che rappresenti al tempo stesso il punto di incontro tra gli interessi delle stazioni appaltanti e quelli dei singoli partecipanti.

In quest'ottica è stato introdotto un rito speciale per gli appalti e, sebbene abbia avuto una breve e infelice esistenza, uno ancora più speciale¹⁶⁶ riguardante le sole ammissioni ed esclusioni dalla procedura.

Entrambe si inseriscono nella nuova tendenza legislativa di introdurre riti speciali, intensificata nell'ultimo ventennio in tutti i rami dell'ordinamento. Tale fenomeno deriva, a mio avviso, principalmente dalla necessità di scomporre il rigido formalismo

¹⁶⁵ M. Silvestri, *Le condizioni dell'azione*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1 settembre 2017, 3, p. 927 ss.

¹⁶⁶ Una parte della dottrina riteneva che a seguito dell'introduzione del rito super accelerato sulle ammissioni ed esclusioni in gara dei concorrenti, nel processo amministrativo i riti speciali fossero divenuti otto: 1) ordinario; 2) accesso; 3) silenzio; 4) elettorale; 5) ottemperanza; 6) abbreviato; 7) abbreviato speciale in materia di appalti; 8) speciale (accelerato) sui provvedimenti di ammissione ed esclusione in materia di appalti. Vedi G. Caputi, *La frammentazione della tutela giurisdizionale nel nuovo codice dei contratti pubblici. "The hatefuleighth"*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2016, 4, p. 139. In verità, E. Follieri, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. App.*, Ipsoa, Milano, n. 8-9, 2016, p. 879, ne individua persino un altro, nell'art. 125 c.p.a. sulle disposizioni processuali relative alle controversie relative a infrastrutture strategiche.

a cui è legato tradizionalmente il processo, per avvicinarlo quanto più possibile alle esigenze e alle dinamiche specifiche del singolo settore di riferimento.

Fine ultimo del legislatore che si appropria a un rito speciale è, sostanzialmente, quello di assecondare il miglior perseguimento dei principi di effettività della tutela e del giusto processo e ciò risulta più semplice attraverso una maggiore sensibilità alle caratteristiche delle situazioni coinvolte.

Il rischio cui si va incontro è, però, quello di non riuscire a coniugare le esigenze tipiche del procedimento con le regole processuali, costruendo un processo poco funzionale ai caratteri sostanziali del contenzioso. In questo modo, quella che rappresenta la priorità attraverso la quale garantire un più efficace accesso alla giustizia diviene una “spada di Damocle”, producendo un paradossale attentato all’effettività della tutela. Ciò perché spesso gli elementi di specialità che derivano dalla diversificazione delle regole processuali rendono più complessa la dinamica processuale, con regole eccessivamente criptiche e non adeguatamente sviluppate, che necessitano di strumenti di coordinamento e raccordo più agevoli e accessibili per non sortire il paradossale effetto di scoraggiare anziché incentivare ogni forma di azione giurisdizionale.

La soluzione va ricercata, allora, in un punto di equilibrio tra le esigenze di celerità e semplificazione sottese all’introduzione di riti speciali e quella di una piena tutela del diritto di difesa, in modo tale da garantire una normativa che risulti compatibile al tempo stesso con il principio del giusto processo e con quello di effettività della tutela, come significativamente gli artt. 1¹⁶⁷ e 2¹⁶⁸ dello stesso c.p.a. dispongono. Un’autorevole dottrina¹⁶⁹ dieci anni fa evidenziava come solo una riforma organica del processo amministrativo avrebbe potuto dare una risposta ai molteplici profili di tutela che sono sintetizzati dalle espressioni “giusto processo” ed “effettività della tutela”, non essendo sufficiente l’introduzione a tal fine di riti speciali.

Il pronostico dell’Autore può dirsi per alcuni versi effettivamente realizzato. Con il codice del processo amministrativo, infatti, sono cadute molte barriere storicamente invalicabili e si è equiparata sempre più la tutela dell’amministrato a quella del privato, prevedendo una molteplicità di tecniche di tutela, così da rendere sempre più effettivo il rispetto del precetto di cui all’art. 24, comma 1, che garantisce a tutti la possibilità di agire in giudizio¹⁷⁰ per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi.

¹⁶⁷Art. 1 c.p.a.: «1. La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo».

¹⁶⁸ Art. 2 c.p.a.: «1. Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall’articolo 111, primo comma, della Costituzione. 2. Il giudice amministrativo e le parti cooperano per la realizzazione della ragionevole durata del processo».

¹⁶⁹ M.P. Chiti, *Verso l’implosione dei riti speciali e delle forme di tutela differenziata?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, vol. 19, 2, 2009, p. 389.

¹⁷⁰ Possibilità di agire in giudizio che oggi appare scontata, essendo la giurisdizione la primaria garanzia in uno Stato di diritto. Risultano, in tal senso, ancora fortemente attuali le storiche e note considerazioni di Silvio Spaventa sul timore della retrocessione dell’ordinamento di diritto pubblico. Sul punto M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Austria (in)felix e giurisdizione di annullamento nel diritto comunitario degli*

Per riempire di contenuto tale diritto è necessario predisporre dei meccanismi che rendano compatibili da un lato la domanda, e dall'altro l'offerta di tutela giurisdizionale e ciò può accadere sostanzialmente attraverso un'adeguata disciplina del rito processuale¹⁷¹. È esattamente all'interno di questo spazio che si inserisce la riforma in questione.

Con l'introduzione del rito appalti, infatti, il legislatore ha voluto delineare un regime peculiare accelerato, proprio in ragione degli interessi sottesi e delle esigenze di celerità della dinamica processuale in una materia, quale quella dei contratti pubblici, avente inevitabili riflessi di carattere economico.

In precedenza, la legge 6 dicembre 1971, n. 1034, come modificata dall'art. 4 della legge 21 luglio 2000, n. 205, aveva già tentato di introdurre un rito accelerato per le controversie relative a materie di particolare rilievo, anche economico. Ci si riferisce al rito previsto dall'art. 23-bis¹⁷² della legge n. 1034/1971, oggi considerato il vero precursore della disciplina.

appalti, in *Riv. dir. pubbl. comunit e comp.*, 2, 2000, p. 236: «Il senso ultimo della giurisdizione [...] si collega ad una visione pienamente moderna che offre un generale affidamento alle amministrazioni e nelle amministrazioni. La libertà va dunque ricercata nelle pieghe dell'amministrazione parentesi forse le odierne garanzie costituzionali e l'esperienza comune abbiano nettamente migliorato nella nostra società i livelli di garanzia di ogni libertà. E la giurisdizione [...] appare come l'esternazione permanente di una forza insita in un ordinamento giuridico, indispensabile per la sua sopravvivenza, che si esprime nella protezione delle libertà ferendo la autorità che aveva cercato di prevaricare su di esse con il riportare le sue scelte al punto di partenza, con il costringerla a rifare *funditus* e secondo la strada obbligata segnata sul terreno del reale dal giudice [...] il percorso dell'esercizio della sua funzione con le modalità imposte dal giudice, garante della libertà».

¹⁷¹ G. Cumin, *Il passaggio dello spazio logico allo spazio fisico nel rito degli appalti*, in *Urb. App.*, Ipsoa, Milano, 2015, 1, p. 6, evidenzia come «non potendosi intervenire sul volume globale della domanda, che costituisce in termini matematici una variabile esogena, l'unico spazio che residua al legislatore ordinario per interventi volti a rendere compatibili le capacità di risposta del sistema giurisdizionale italiano con gli ulteriori vincoli di ordine costituzionale ed europeo - primo fra tutti quello relativo alla "ragionevole durata" del processo, ex art. 111, comma 2, ultima parte, Cost.; nonché ex art. 6, comma 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata dall'Italia con L. n. 848/1955 -, è quello relativo alla disciplina del rito processuale».

¹⁷² Legge 6 dicembre 1971, n. 1034 "Istituzione dei tribunali amministrativi regionali", art. 23 bis:

«1. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano nei giudizi davanti agli organi di giustizia amministrativa aventi ad oggetto: a) [i provvedimenti relativi a procedure di affidamento di incarichi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse]; b) i provvedimenti relativi alle procedure di occupazione e di espropriazione delle aree destinate alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità; c) [i provvedimenti relativi alle procedure di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di servizi pubblici e forniture, ivi compresi i bandi di gara e gli atti di esclusione dei concorrenti]; d) i provvedimenti adottati dalle autorità amministrative indipendenti]; e) i provvedimenti relativi alle procedure di privatizzazione o di dismissione di imprese o beni pubblici, nonché quelli relativi alla costituzione, modificazione o soppressione di società, aziende e istituzioni ai sensi dell'articolo 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142; f) i provvedimenti di nomina, adottati previa delibera del Consiglio dei ministri ai sensi della legge 23 agosto 1988, n. 400; g) i provvedimenti di scioglimento degli enti locali e quelli connessi concernenti la formazione e il funzionamento degli organi; g-bis) i provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 12, comma 3, della legge 29 dicembre 1993, n. 580. 2. I termini processuali previsti sono ridotti alla metà, salvo quelli per la proposizione del ricorso [...]».

L'articolo 23-*bis* disciplinava, infatti, un rito speciale caratterizzato da una dimidiazione dei termini rispetto a quelli ordinari. Si configurava, pertanto, ben dieci anni prima dell'introduzione dell'attuale disciplina speciale, un rito abbreviato e accelerato¹⁷³ in materia di appalti.

Successivamente¹⁷⁴, sotto le spinte del legislatore eurounitario e in un'ottica di armonizzazione delle discipline, ci si è soffermati sull'esigenza¹⁷⁵ di prevedere un sistema che puntasse a valorizzare da un lato il principio di concorrenza e, dall'altro, i principi¹⁷⁶ di effettività e di equivalenza della tutela. In tale contesto, sono stati numerosi gli interventi riformatori dell'ultimo decennio: basti pensare al D.lgs. 163 del 2006 di approvazione del Codice dei contratti pubblici; al D.lgs. n. 53 del 2010, di modifica al codice del 2006; alla legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 per l'attuazione di una nuova disciplina europea in materia di appalti pubblici e concessioni, da cui il D.lgs. 50 del 2016 di recepimento del nuovo Codice degli appalti e il relativo correttivo D.lgs. 19 aprile 2017 n. 56 e, da ultimo, il D.L Sblocca cantieri 18 aprile 2019 n. 32 convertito con L. 14 giugno 2019 n. 55.

L'evidente rilevanza economica che contraddistingue la materia degli appalti pubblici sottende la necessità che siano predisposti degli strumenti di tutela adeguati e idonei a garantire un efficace accesso alla giustizia in capo ai concorrenti.

Il processo in materia di appalti è considerato un tema sensibile, sul quale il legislatore è intervenuto in diverse occasioni predisponendo, a tal fine, un reticolato normativo *ad hoc*.

¹⁷³ La giurisprudenza ha accolto con favore la previsione di un rito rivolto alla accelerazione dei tempi processuali. Già ai primordi della tendenza legislativa dell'introduzione di riti speciali, infatti, la Corte costituzionale aveva spesso affermato che la previsione di riti speciali non è di per sé in contrasto con il diritto di difesa poiché non è esclusivamente il rito ordinario a costituire l'unico strumento di attuazione delle garanzie costituzionali e, inoltre, che spetta al giudice assicurare in concreto il bilanciamento dell'interesse alla celerità delle decisioni con le garanzie adeguate per i singoli. Sul punto cfr. Corte cost., 10 novembre 1999, n. 427, in *giurcost.org*; Corte cost., 12 aprile 2005, n. 148, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, vol. 50, 3, 2170 ss.; Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006, n. 4418, in *giustizia-amministrativa.it*.

¹⁷⁴ La produzione legislativa interna in materia di appalti si è, in seguito, arricchita con il D.lgs. 20 agosto 2002 n. 190, attuando la delega della c.d. legge obiettivo 21 dicembre 2001, n.443, introducendo particolari disposizioni sulla fissazione dell'udienza per il c.d. rito grandi opere.

¹⁷⁵ M.A. Sandulli, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 8, 2016, p. 3, ricorda come tradizionalmente tale settore si caratterizzi per la difficoltà di trovare un equo temperamento tra l'esigenza, economica e funzionale, che le prestazioni richieste dalle pp. aa. siano sollecitamente rese e quella, morale e giuridica, che il relativo affidamento sia incentrato sul rispetto della legalità, delle regole di contabilità pubblica e di garanzia della concorrenza e degli altri interessi di volta in volta individuati dall'ordinamento.

¹⁷⁶ In quanto principi fondamentali dell'Unione europea. In particolare, il principio di equivalenza impone che le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto eurounitario non debbano essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna; il principio di effettività, invece, richiede che non deve essere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico eurounitario.

L'esigenza di assicurare alla materia in questione una corsia preferenziale era assolta, come abbiamo visto, in precedenza dall'art. 23-*bis* legge Tar. Successivamente, con l'obiettivo di prevedere una normativa che si uniformasse ai parametri imposti dal legislatore eurounitario¹⁷⁷, è stato emanato il D.lgs. 20 marzo 2010, n. 53 che ha inserito alcune disposizioni specifiche all'interno dell'allora codice vigente del 2006. In seguito, è stato emanato il Codice del processo amministrativo, al cui interno sono confluite le norme processuali, in particolare quelle dall'art. 120 al 125. Da tale stratificazione normativa è derivata una perdurante incertezza, anche in considerazione dei diversi termini processuali riferibili alle varie normative.

Attualmente la disciplina normativa processuale in materia di appalti è regolata dall'art. 119 c.p.a., salvo quanto previsto dalle norme *ex art.* 120 ss. c.p.a. Tale materia è, in ogni caso, devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo secondo quanto disposto dall'art. 133 comma 1, *lett. e*), c.p.a.

Il lungo e travagliato percorso legislativo cui è stato oggetto la disciplina sugli appalti, ha posto in risalto la tendenza del legislatore verso una accelerazione dei processi, in cui al contempo si favorisca il mantenimento e l'esecuzione dei contratti¹⁷⁸ e si comprimano le ipotesi di sospensione cautelare.

Emerge, così, un sistema¹⁷⁹ di giustizia a doppia velocità¹⁸⁰, o forse tripla, se consideriamo anche il rito super accelerato, tre volte speciale – rispetto al rito appalti di cui all'art. 120 co. 5 c.p.a. e al rito abbreviato disciplinato dall'art. 119 c.p.a., a sua volta speciale rispetto al rito ordinario – improntato a far emergere la «doppia anima» dei riti appalti, da un lato protesa a garantire alle imprese una maggiore effettività della tutela giurisdizionale e, dall'altro, a tutelare l'interesse alla stabilità delle decisioni amministrative sulle procedure di gara¹⁸¹.

¹⁷⁷ Come evidenzia R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 1310, a prescindere dall'*iter* di riforma avviato con la legge delega 2009 n.69, un intervento sul tema era comunque indispensabile per dare attuazione alla direttiva 2007/66/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, di modifica delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio, relativamente al miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, c.d. direttiva ricorsi.

¹⁷⁸ Emblematica è, infatti, la disciplina, oggi confluita agli art. 121 e 122 del c.p.a., sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, in cui il legislatore supera le tesi che ravvisavano ipotesi di invalidità negoziale, *sub specie* di nullità o annullabilità, sancendone la natura di mera inefficacia, subordinata a una valutazione del giudice che tenga conto degli elementi previsti dalla legge.

¹⁷⁹ Da cui deriva una difficile attaccabilità in giudizio tanto da essere definiti "ricorso-resistenti". Cfr. M.A. Sandulli, *Il processo amministrativo super accelerato e i nuovi contratti ricorso-resistenti*, in *Federalismi.it*, 4 marzo 2009.

¹⁸⁰ Già definita così da M. Lipari, *Il processo speciale in materia di opere pubbliche delineato dall'art. 4 l. n. 205/2000 e il nuovo art. 23-bis l. n. 1034/1971*, in *Giustamm.it*, con riguardo alla vecchia disciplina delineata dall'art. 23-*bis* Legge Tar.

¹⁸¹ G. Taglianetti, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici: ratio e profili applicativi*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2019, 1, p. 122 ss.

2. Con l'introduzione del D.lgs. 50 del 2016, il legislatore è intervenuto modificando la disciplina già prevista dall'art 120 c.p.a., inserendo ulteriori elementi di specificità nel contenzioso appalti, tali da averne giustificato l'appellativo di "rito super speciale" nel parere¹⁸² formulato dal Consiglio di Stato sullo schema del decreto legislativo. Siffatta specialità, infatti, si qualifica a sua volta come disposizione particolare rispetto al novero dei riti abbreviati previsti dall'art. 119.

L'art. 119 del codice disciplina un rito abbreviato comune a determinate materie, tra le quali figurano al co. 1, *lett. a*), «i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture [...], salvo quanto previsto dagli articoli 120 e seguenti».

È la stessa norma, quindi, che individua nelle disposizioni dall'art. 120 al 125 c.p.a., la disciplina specifica per la tutela giurisdizionale in materia di appalti pubblici, quali norme speciali rispetto a quelle previste dall'articolo 119, comma 1, *lett. a*) c.p.a.

In particolare, l'art. 120 comma 1 c.p.a. individua l'ambito di applicazione del giudizio negli 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 pubblici lavori, servizi o forniture, nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità nazionale anticorruzione ad essi riferiti. Si prevede, poi, che il ricorso sia promosso dinanzi al tribunale amministrativo regionale competente.

Da un punto di vista pratico, la disciplina processuale prevede che tutti i termini processuali ordinari siano dimezzati compreso, nei giudizi di primo grado, quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti- in deroga a quanto previsto dall'art. 119 c.p.a. La scelta di ridurre anche i suddetti termini va ricercata nell'esigenza di evitare una sovrapposizione tra il termine per la proposizione del ricorso e quello legato alla sospensione propedeutica alla stipulazione del contratto¹⁸³.

Il *dies a quo* per calcolare il termine - di 30 giorni contro gli ordinari 60 - entro il quale va proposto il ricorso, si computa diversamente a seconda dell'oggetto dell'impugnazione.

Nello specifico, qualora il ricorrente impugni l'aggiudicazione, secondo l'impostazione tradizionale, il termine per ricorrere decorreva dalla comunicazione¹⁸⁴ dell'aggiudicazione. A tal fine, il Consiglio di Stato¹⁸⁵ aveva chiarito che il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione da parte dei concorrenti non aggiudicatari iniziasse a decorrere dal momento in cui essi avevano ricevuto la comunicazione dell'aggiudicazione, di cui all'art.76, co. 5, *lett. a*), D.lgs. n.50/2016, e non dal momento, eventualmente successivo, in cui la stazione appaltante avesse concluso con

¹⁸² Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato del 21 marzo 2016 n. 855.

¹⁸³ C.d. *Stand still period* previsto dall'art. 32 co. 9 del D.lgs. n.50/2016.

¹⁸⁴ R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 2018, p. 131.

¹⁸⁵ Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2019 n. 1710, in *giustizia-amministrativa.it*.

esito positivo la verifica del possesso dei requisiti di gara in capo all'aggiudicatario. Restava da capire se, alla luce della formulazione della norma, era sufficiente una mera comunicazione di avvenuta aggiudicazione o se, invece, era necessaria anche la motivazione. Questo perché l'orientamento tradizionale prevedeva la non necessità di una conoscenza integrale del provvedimento lesivo, essendo sufficiente una concreta percezione degli elementi essenziali, considerato che la conoscenza degli ulteriori elementi poteva consentire comunque la proposizione dei motivi aggiunti. L'aspetto controverso traeva origine dal difetto di coordinamento¹⁸⁶ tra il Codice dei contratti e il Codice del processo amministrativo e, in particolare, dalla mancata modifica dell'art. 120, comma 5 del c.p.a. nella parte in cui esso subordina l'impugnazione dell'aggiudicazione al ricevimento della comunicazione di cui all'art. 79 del precedente Codice dei contratti (D.lgs. n. 163 del 2006). Tuttavia, gli stessi principi comunitari tanto normativi¹⁸⁷ quanto giurisprudenziali¹⁸⁸, concordavano nel ritenere che in materia di appalti un candidato o un offerente che fosse venuto a conoscenza del rigetto della sua candidatura od offerta, non fosse in condizione di proporre ricorso in modo efficace se le informazioni ricevute erano insufficienti a verificare la sussistenza di un'illegittimità. E in tale direzione si muoveva, quindi, anche la giurisprudenza nazionale¹⁸⁹, stabilendo che ai fini della decorrenza del termine di impugnazione in materia di appalti, non si potesse prescindere dalla essenzialità della comunicazione del provvedimento e della relativa motivazione, per cui negli stessi termini doveva essere letto il combinato disposto degli artt. 120 comma 5 c.p.a e 76 D.lgs. n. 50/2016. Al fine di risolvere il contrasto interpretativo insorto sul punto è intervenuta la recentissima pronuncia dell'Adunanza Plenaria, 2 luglio 2020, n. 12 che, accogliendo una soluzione mediana e ragionevole, ha definitivamente chiarito che il termine decorre dalla "data

¹⁸⁶ Come sottolinea Cons. Stato, sez. III, 11.10.2018 n. 5859, in *giustizia-amministrativa.it*, «La divergenza precettiva tra le due disposizioni è data dal fatto che mentre l'art. 79 comma 5-bis specifica che "la comunicazione (dell'aggiudicazione ndr) è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lettera c" ("le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto"); viceversa, l'attuale art. 76 comma 5 si limita a statuire che "le stazioni appaltanti comunicano .. l'aggiudicazione" e, solo su richiesta dell'interessato, gli elementi previsti dal comma 2, lett. b) del medesimo art. 76».

¹⁸⁷ *In primis* le c.d. direttive ricorsi che impongono agli Stati membri di notificare ai candidati e agli offerenti interessati una comunicazione dell'aggiudicazione, specificando che la comunicazione inviata deve comprendere le «informazioni pertinenti indispensabili per presentare un ricorso efficace» (v. considerando 6 e 7 e artt. 1, 2-bis, 2-quater e 2-septies direttive 89/665/CEE e 1992/13/CEE; art. 2-bis della direttiva 2007/66/CE).

¹⁸⁸ Cfr. Corte di giustizia UE sez. V, 8 maggio 2014, C-161/13; Id., sez. III, 28 gennaio 2010, C-406/08.

¹⁸⁹ Cons. Stato, sez. V, 23 luglio 2018 n. 4442, in *giustizia-amministrativa.it*, ha ritenuto di intendere il nuovo contenuto dell'art. 76, comma 5, come del tutto "sovrapponibile" a quello dell'art. 79 citato; e come sostanzialmente invariato l'impianto di fondo del sistema di impugnazione degli atti delle procedure di gare pubbliche per la conclusione dei contratti di appalto.

oggettivamente riscontrabile” in cui l’interessato ha avuto la possibilità di conoscere i vizi¹⁹⁰.

Qualora, invece, l’impugnazione abbia ad oggetto un bando¹⁹¹ di gara o un avviso ed essi siano direttamente lesivi, il termine decorre dalla relativa pubblicazione. In ogni altro caso, il termine per ricorrere si calcola dalla conoscenza dell’atto.

Un’ipotesi peculiare si realizza allorché il bando di gara violi i principi comunitari¹⁹² nel qual caso, secondo l’insegnamento reso dalla Corte di giustizia dell’Unione europea a partire dalla celebre pronuncia c.d. Santex¹⁹³ del 27 febbraio 2003, al giudice è concessa eccezionalmente la possibilità di disapplicare la normativa interna che, prevedendo stringenti termini decadenziali, non consente un’effettiva tutela, ferma restando la generale piena compatibilità del diritto interno con quello eurounitario in tema di illegittimità provvedimento e termini di impugnazione.

¹⁹⁰ Cons. Stato Ad. Pl., 2 luglio 2020, n. 12, in *giustizia-amministrativa.it*, dispone testualmente che: «a) il termine per l’impugnazione dell’aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell’art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016; b) le informazioni previste, d’ufficio o a richiesta, dall’art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri, consentono la proposizione non solo dei motivi aggiunti, ma anche di un ricorso principale; c) la proposizione dell’istanza di accesso agli atti di gara comporta la ‘dilazione temporale’ quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l’offerta dell’aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell’ambito del procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta; d) la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione; e) sono idonee a far decorrere il termine per l’impugnazione dell’atto di aggiudicazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati».

¹⁹¹ Sul tema L. Tarantino, *Il sindacato sui bandi di gara*, in *Urb. App.*, Ipsa, Milano, 3, 2018, p. 427 ss. e, più diffusamente, *supra* § 2.

¹⁹² Il tema è quello del regime giuridico dell’atto amministrativo adottato in violazione del diritto eurounitario. Sebbene una parte della dottrina invocasse tradizionalmente la regola della disapplicazione - ritenendo che l’atto amministrativo in contrasto con il diritto eurounitario non sarebbe invalido, ma disapplicabile anche oltre il termine di decadenza, per scongiurare il paradosso che vede negli atti amministrativi una capacità di resistenza al diritto comunitario superiore rispetto alla legge -, è oramai pacifica l’opposta tesi che equipara l’invalidità comunitaria alle altre forme di illegittimità del provvedimento.

¹⁹³ Corte di giustizia UE, 27 febbraio 2003 C-327/00, in *eur-lex.europa.eu* con cui i giudici di Lussemburgo, hanno giudicato il termine di decadenza di 60 giorni previsto dall’ordinamento italiano per far valere l’invalidità, anche comunitaria, del provvedimento amministrativo in linea con il principio sia di equivalenza sia di effettività della tutela, ritenendo che, di regola, il suddetto termine realizza un giusto temperamento tra le esigenze del diritto di difesa e le esigenze di certezza e di stabilità dei rapporti amministrativi. Tuttavia, hanno chiarito, spetta al giudice *a quo* assicurare il rispetto del principio di effettività, applicando il proprio diritto nazionale in modo tale da consentire all’offerente leso da una decisione dell’autorità aggiudicatrice, adottata in violazione del diritto comunitario, di conservare la possibilità di addurre motivi di diritto inerenti a tale violazione a sostegno di impugnazioni avverso altre decisioni dell’autorità aggiudicatrice, ricorrendo, se del caso, alla possibilità, derivante secondo il suddetto giudice dall’art. 5 della legge n. 2248/1865, di disapplicare le norme nazionali di decadenza che disciplinano tali impugnazioni.

È, poi, previsto che nel caso in cui sia mancata la pubblicità del bando, il ricorso non possa comunque essere più proposto decorsi 30 giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva, a condizione che tale avviso contenga la motivazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto senza previa pubblicazione del bando. Se sono omessi gli avvisi o le informazioni oppure se essi non sono conformi alle prescrizioni ivi contenute, il ricorso non può comunque essere proposto decorsi 6 mesi dal giorno successivo alla data di stipulazione del contratto. La scadenza di tali termini ha, quindi, un effetto preclusivo¹⁹⁴ a prescindere da qualsiasi conoscenza che il soggetto leso possa aver avuto dall'atto illegittimo e da qualsiasi forma di pubblicità.

Il legislatore ha, inoltre, stabilito che i nuovi atti attinenti alla medesima procedura di gara debbano essere impugnati con ricorso per motivi aggiunti.

Il giudizio, ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ad un'udienza fissata d'ufficio da tenersi entro 45 giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Della data di udienza è dato immediato avviso alle parti a cura della segreteria, a mezzo posta elettronica certificata. In caso di esigenze istruttorie o quando è necessario integrare il contraddittorio o assicurare il rispetto di termini a difesa, la definizione del merito viene rinviata, con l'ordinanza che dispone gli adempimenti istruttori o l'integrazione del contraddittorio o dispone il rinvio per l'esigenza di rispetto dei termini a difesa, ad un'udienza da tenersi non oltre 30 giorni.

Il codice del processo amministrativo, all'art. 128, esclude che possa essere esperito il ricorso al Capo dello Stato. Ciò deriva dalla specialità del rito in materia di appalti che è contraddistinto da una tempistica processuale ristretta e ben definita.

Il Tribunale amministrativo regionale deposita la sentenza con la quale definisce il giudizio entro 30 giorni dall'udienza di discussione, sebbene le parti possano chiedere l'anticipata pubblicazione del dispositivo.

Con riguardo alla tutela cautelare¹⁹⁵ si prevede che nella relativa decisione il giudice tenga conto di quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122 c.p.a., e delle

¹⁹⁴ M. Fratini, *cit.*, 2018, p. 1568, evidenzia come l'effetto della preclusione sia peculiare se si considera che essa è destinata ad operare anche in presenza di situazioni caratterizzate da una particolare violazione delle regole, quali quelle riconducibili alle ipotesi di affidamento diretto senza gara e pubblicità, con il rischio che si consolidino situazioni di macroscopica illegittimità stabilizzando contratti stipulati senza alcuna gara. In realtà, la Corte di giustizia UE 26 novembre 2015, C-166/14, pronunciandosi in relazione alla normativa austriaca, ha rilevato che le esigenze di certezza giustificano la previsione per l'azione di annullamento di un breve termine di decadenza, a prescindere dalla conoscenza da parte del soggetto leso dell'esistenza di una norma giuridica, precisando tuttavia che la tutela del privato non viene esclusa ma è limitata all'azione di risarcimento, che non può quindi essere assoggettata agli stessi limiti.

¹⁹⁵ Nel settore degli appalti pubblici il legislatore ha osservato un atteggiamento di rigore in relazione alla concessione di misure cautelari, a causa della rilevanza degli interessi pubblici coinvolti e della rapidità della definizione del giudizio nel merito. Per tali ragioni la concessione di specifiche misure cautelari è stata subordinata al riconoscimento della sussistenza di profili di fondatezza del ricorso e di

esigenze imperative connesse ad un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione. In ogni caso il collegio, quando dispone le misure cautelari di cui al comma 4 dell'articolo 119, ne può subordinare l'efficacia, anche qualora dalla decisione non derivino effetti irreversibili, alla prestazione anche mediante fideiussione di una cauzione¹⁹⁶.

Una possibile interpretazione consente di enucleare alcuni presupposti affinché l'istanza cautelare sia accolta, quali: la sussistenza di profili di fondatezza del ricorso, la presenza di un pregiudizio grave e irreparabile, la ricorrenza di casi di estrema gravità e urgenza, le esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione del contratto, la previsione che secondo quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122 c.p.a., la sentenza di merito possa comportare l'inefficacia totale o parziale dello stipulando contratto.

Il Codice detta poi, all'art. 125, disposizioni speciali in materia di infrastrutture anche in materia cautelare, laddove si richiede di considerare le probabili conseguenze del provvedimento per tutti gli interessi che possano essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, di valutare anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure.

3. Per favorire una maggior speditezza dei processi in materia di appalti, a seguito delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE, è stata emanata la legge delega n. 11 del 2016, al cui interno contemplava all'art. 1, lett. *bbb*) l'introduzione di un rito speciale che consentisse l'immediata risoluzione del contenzioso relativo all'impugnazione dei provvedimenti di esclusione dalla gara o di ammissione alla gara per carenza dei requisiti di partecipazione [...]. In attuazione di tale norma, è stato introdotto il rito c.d. super accelerato nel testo del D.lgs. n. 50/2016, definito da parte della dottrina¹⁹⁷ "ipercontratto", proprio in ragione della sua celerità.

un pregiudizio grave e irreparabile. Per un'analisi della tutela cautelare in tema di appalti, si veda E. Mastrodomenico, *Le criticità della fase cautelare nel rito speciale degli appalti, in bilico tra "vecchia" e "nuova" disciplina*, in *Appalti e Contratti*, 3, 2012, p. 37 ss.; M. Lipari *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il 'rito appalti' e le esigenze imperative di interesse generale*, in *Federalismi.it*, 5, 2017.

¹⁹⁶ A norma dell'art. 120 co. 8-*bis*, l'importo è commisurato al valore dell'appalto e comunque non è superiore allo 0,5 per cento del suddetto valore. Tali misure sono disposte per una durata non superiore a 60 giorni dalla pubblicazione della relativa ordinanza, fermo restando quanto stabilito dal comma 3 dell'articolo 119.

¹⁹⁷ M.A. Sandulli, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 15, 2016.

Sul punto si rileva che nello schema della riforma si prevedeva l'applicazione del rito super speciale anche ai vizi della composizione della commissione di gara, poi però espunta nella versione definitiva della norma¹⁹⁸.

L'onere di immediata impugnazione non rappresenta una novità assoluta, desumendosi in parte dall'applicazione dei principi generali in tema di processo amministrativo, come abbiamo avuto modo di vedere nei capitoli precedenti. La lesione è immediata, poiché deriva da un provvedimento direttamente e immediatamente lesivo che produce conseguenze sulla posizione giuridica del concorrente. In questo senso, il provvedimento direttamente lesivo deve essere impugnato immediatamente entro il termine di decadenza decorrente dalla sua piena conoscenza, termine di 30 giorni come previsto dall'art. 120 co. 5 c.p.a.

Il vero elemento rivoluzionario è, invece, costituito dall'introduzione di un rito ulteriore, quale quello previsto dall'art. 120 co. 2-*bis*¹⁹⁹ e 6 co. 2-*bis*, speciale e ancora più accelerato rispetto a quello previsto dall'art. 120 co.5, con il quale il legislatore ha introdotto una disciplina - parzialmente analoga a quella prevista per il contenzioso in materia elettorale - che imponeva al concorrente di impugnare non solo la propria esclusione dalla gara ma anche le ammissioni altrui.

L'anomalia della disposizione stava proprio nel legittimare e, anzi, nell'imporre - considerando la rigida preclusione a cui andava incontro il concorrente inerte - l'impugnazione delle ammissioni altrui anche in assenza di una lesione attuale e diretta, ponendosi in distonia (come si avrà modo di approfondire) con i principi processuali tradizionalmente recepiti nel sistema di giustizia amministrativa. Come si era sostenuto sin dall'esordio della rivoluzionaria disciplina, l'art. 120 co. 2-*bis* c.p.a. "senza dirlo, agisce (*rectius* agiva) sul rapporto tra lesione, interesse a ricorrere e azione in giudizio"²⁰⁰.

4. La riforma muoveva dal tentativo di assicurare maggior speditezza alle procedure, cercando di isolare il contenzioso inerente alla fase di ammissione ed

¹⁹⁸ Il parere del 1 aprile 2016, n. 855, reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato sullo schema del decreto aveva, infatti, opportunamente evidenziato l'eccesso di delega cui andava incontro il legislatore.

¹⁹⁹ Art 120 co. 2-*bis* nel testo risultante prima del Decreto Sblocca cantieri n. 32 del 2019, convertito con L. n. 55 del 2019, che ne ha disposto l'abrogazione:

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

²⁰⁰ M.A. Sandulli, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, *Federalismi.it*, 15, 2016; 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 *giustizia-amministrativa.it*.

esclusione dalla procedura dai restanti motivi di censura, per assicurarne una più rapida e tempestiva definizione in un momento preliminare ed evitare, così, che all'esito dell'aggiudicazione potessero essere contestati vizi attinenti a una fase introduttiva della gara, rendendo inutile l'attività di valutazione delle offerte effettuata dalla Commissione aggiudicatrice e vanificandone lo svolgimento. Si discorre a tal proposito di c.d. "giudizi retrospettivi", per descrivere la peculiarità di processi in cui, sebbene la domanda di annullamento abbia ad oggetto il provvedimento di aggiudicazione, ciò che viene contestato è in realtà la legittimità dell'ammissione del concorrente alla procedura, con conseguente retrocessione del procedimento a una fase preliminare, in caso di suo accoglimento. La finalità del nuovo rito era, in sostanza, quella di assicurare la massima certezza della definizione dei soggetti ammessi alla procedura selettiva in un momento antecedente²⁰¹ allo svolgimento della fase della valutazione delle offerte²⁰². In questa prospettiva, la tutela in materia di appalti pubblici aveva assunto una struttura bifasica.

A tale esigenza si accompagnava, altresì, quella di ridurre l'incidenza delle impugnazioni incidentali²⁰³ per motivi formali, relativi all'ammissione o all'esclusione dei concorrenti.

In sostanza, il quadro che si delineava a seguito dell'introduzione della novella normativa che aveva introdotto il rito super accelerato era il seguente: il ricorrente che contestava l'illegittimità della *lex specialis*, doveva accedere al rito appalti ordinario; qualora, invece, oggetto di gravame erano le esclusioni o le ammissioni alla gara in seguito alla valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, si doveva far ricorso al rito c.d. super accelerato; non così se oggetto dell'impugnazione era l'esclusione o l'ammissione alla gara in base all'offerta, per le quali valeva il rito accelerato ordinario²⁰⁴. Infine, la contestazione dell'aggiudicazione del contratto doveva avvenire tramite il rito accelerato appalti.

²⁰¹ M. Clarich, *La Nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Relazione in occasione del 61° Convegno di Studi Amministrativi, 17-19 settembre 2015, Varenna, osserva come l'attenzione del legislatore mostrato verso una più efficiente competizione tra gli aspiranti partecipanti alla gara, è spiegata con la dimensione micro-economica della singola gara, vista alla stregua di un mercato in miniatura, in cui assume rilievo la tutela dell'interesse sostanziale degli operatori economici ad accedervi, conformemente ai principi eurounitari di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione.

²⁰² In questi termini, M. Sinisi, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 247.

²⁰³ Sul problema relativo ai ricorsi incidentali escludenti, si veda *infra* § 4.

²⁰⁴ Le norme contenute nell'art. 120 co. 2-bis, quanto ai "vizi" scrutinabili, erano di stretta interpretazione, perciò se l'esclusione dalla procedura di gara avveniva dopo la valutazione del contenuto dell'offerta, a seguito dell'attribuzione di un giudizio di inidoneità, questa non ricadeva nella fattispecie del rito camerale super accelerato di cui all'art. 120 commi 2-bis e 6-bis, c.p.a. Come precisato da Cons. Stato, Ad. Plen. n. 4 del 2018, in *giustizia-amministrativa.it*, «Questo rito è, infatti, utilizzabile solo quando l'esclusione avvenga prima dell'esame dei dettagli tecnici dell'offerta da parte della Commissione giudicatrice, ossia quando si discute esclusivamente del possesso dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali necessari per l'ingresso nella procedura di gara. Non appare, invece,

5. Sin dal principio, l'introduzione della nuova disciplina è stata accolta con un certo clima di sospetto da parte della dottrina.

Una corrente di pensiero, infatti, aveva da subito evidenziato come il rischio di tale novella fosse quello di aumentare invece che ridurre il contenzioso, a discapito delle intenzioni del legislatore. I concorrenti in gara, cioè, posti di fronte alla necessità²⁰⁵ di impugnare immediatamente il proprio provvedimento di esclusione o il provvedimento di ammissione altrui avrebbero precauzionalmente avviato un contenzioso preliminare che non avrebbero, altrimenti, proposto. In senso contrario, era lecito ritenere che l'effetto dissuasivo di impugnazioni incentrate esclusivamente su questioni formali sarebbe stato superiore all'incentivo del ricorso, anche in ragione dei costi dell'impugnazione e dell'incidenza della proposizione del ricorso sui rapporti con la stazione appaltante²⁰⁶.

Si sosteneva, inoltre, che il concorrente avrebbe ben potuto non avere interesse immediato al ricorso non potendo prevedere l'esito della gara con il rischio, per nulla teorico, che l'esito positivo del ricorso risultasse inutile a seguito della pubblicazione

applicabile quando la stazione appaltante abbia espresso un giudizio di valore sull'offerta già ammessa, nel confronto con le altre offerte. La conclusione non cambia se il raggiungimento o il superamento di una soglia minima di punteggio sia prevista dalla *lex specialis* come condizione per accedere a una fase successiva della medesima procedura, in quanto, una volta che l'offerta sia stata valutata, anche solo parzialmente, l'oggetto sostanziale della controversia è il giudizio sull'offerta stessa, e non l'esclusione del concorrente, che è solo un riflesso del punteggio attribuito».

²⁰⁵ Il concorrente si trovava, infatti, di fronte a una duplice alternativa: impugnare immediatamente tutti i provvedimenti di ammissione altrui o rinunciare a far valere tali vizi in un eventuale giudizio promosso avverso l'aggiudicazione definitiva. Ma, forse, come prospettato da G. Veltri, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, 26 maggio 2016, in www.giustizia-amministrativa.it; M. Lipari, *La tutela giurisdizionale e precontenziosa nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 10, 2016, tale disciplina è il frutto di un recepimento impreciso della Dir. n. 24/2014/UE; L. Presutti, *Il precontenzioso e il rito accelerato nelle procedure per l'affidamento di contratti pubblici*, in *Urb. App.*, Ipsoa, Milano, 3, 2017. Ai sensi dell'art. 56 della Dir. n. 24/2014/UE, infatti, «nelle procedure aperte, le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di esaminare le offerte prima di verificare l'assenza di motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione ai sensi degli articoli da 57 a 64. Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato ad un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 57 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice». Soltanto in tale prospettiva, allora, ha senso l'introduzione di un rito volto esclusivamente a vagliare la legittimità dei provvedimenti di ammissione degli altri concorrenti, poiché in questo caso l'interesse ad agire del ricorrente, sarebbe non solo diretto e concreto, ma anche attuale; ritornando in linea con la concezione tradizionale della condizione dell'azione ai sensi dell'art. 100 c.p.c. Il legislatore nazionale, tuttavia, non solo non ha dato adeguato recepimento all'art. 56 della Dir. n. 24/2014/UE, avendo omissso di prevedere in maniera ben definita una procedura a fasi invertite, ma non ha neppure limitato il rito accelerato ai soli casi di esame preventivo delle offerte.

²⁰⁶ Così in C.E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 322. Secondo l'A., la scelta del legislatore era da valutare, in un'ottica di bilanciamento tra vantaggi e svantaggi, comunque in senso positivo.

della graduatoria finale²⁰⁷, potendo risultare egli aggiudicatario o, al contrario, in posizione non utile. Inoltre, ciascun offerente, in vista del ricorso, avrebbe potuto accedere ed estrarre copia di tutta la documentazione²⁰⁸ sui requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali degli altri concorrenti, con indubbi riflessi anche sull'organizzazione delle stazioni appaltanti²⁰⁹.

Dubbi si erano creati persino sulla possibilità di esperire una tutela risarcitoria²¹⁰ ex art. 30, comma 3, seconda alinea, c.p.a., secondo cui nel determinare il risarcimento, il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti.

Fino all'introduzione della novella normativa, l'impugnazione dell'altrui ammissione sarebbe stata dichiarata inammissibile per carenza delle condizioni dell'azione. Le novità registrate sono state da taluno criticate perché in contrasto con gli articoli 24, 101 e 113 Cost. nonché con il principio eurounitario di proporzionalità²¹¹, nella parte in cui si prevedeva un onere di immediata impugnazione

²⁰⁷ Cfr. G. Leone, *cit.*, p. 387.

²⁰⁸ Sul punto si ricorda come, a seguito della riscrittura del regime di pubblicità degli atti di gara stabilito dall'art. 29, co. 1, del Codice, operata dall'art. 19 del decreto correttivo (D.lgs. n. 56/2017), sia stato risolto uno dei problemi principali dell'originaria configurazione del rito, quale quello di legittimare ricorsi immediati al buio, senza possibilità di verificare il contenuto degli atti del procedimento. Cfr. S. Tranquilli, *Correzioni al regime di trasparenza degli atti di gara e ripercussioni sul rito "super-speciale" sulle ammissioni e esclusioni dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Il correttivo al Codice dei contratti pubblici: guida alle modifiche*, (a cura di) M.A. Sandulli, M. Lipari, F. Cardarelli, Milano, Giuffrè, 2017, p. 54; M.A. Sandulli, *Un mini passo in avanti verso l'effettività della tutela negli appalti pubblici? Prmissime considerazioni sull'art. 19 d.lgs. n. 56/2017*, in *Federalismi.it*, 10, 2017.

²⁰⁹ In questi termini A. Meale, *La legittimazione all'impugnazione della lex specialis*, in *Urb. App.*, Ipsa, Milano, 6, 2018, p. 803, secondo cui l'obbligo di impugnazione anticipata delle altrui ammissioni rischiava sostanzialmente di tradursi esclusivamente in un mancato controllo sul possesso dei requisiti da parte degli offerenti.

²¹⁰ L. Presutti, *La pregiudiziale triplice in materia di appalti pubblici*, in *Urb. App.*, Ipsa, Milano, 1, 2017, p. 100, prospetta due diverse tesi antitetiche: secondo una prima impostazione, cioè, l'omessa impugnazione della lista degli ammessi preclude soltanto la possibilità di ottenere l'aggiudicazione e la conseguente sottoscrizione del contratto, a nulla rilevando in ordine alla possibilità di ottenere il risarcimento del danno per equivalente. Di conseguenza, il ricorrente incidentale che assumeva la qualificazione di controinteressato nel ricorso proposto dal secondo in graduatoria per ottenere l'aggiudicazione dell'appalto e la conseguente sottoscrizione del contratto, ben avrebbe potuto avanzare solo azione risarcitoria sulla base dell'illegittima ammissione alla gara del ricorrente principale, senza dover invocare l'annullamento della stessa, che risultava espressamente precluso *ex lege*. In una diversa prospettiva, invece, l'omessa impugnazione della lista degli ammessi preclude in radice la possibilità di ottenere il risarcimento del danno per equivalente, perché la specialità del principio della presunzione di interesse a ricorrere serve ad anticipare la tutela e non a comprimerla.

²¹¹ Tradizionalmente il principio di proporzionalità si fonda su tre elementi: idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto. Evidenzia I. Lagrotta, *Il rito 'super accelerato' in materia di appalti*, in *Federalismi.it*, 7, 2018, p. 26, che la previsione che impone l'immediata impugnazione del provvedimento di ammissione delle concorrenti in gara non appare né idonea né necessaria, oltre a comportare un sacrificio del tutto irragionevole alle concorrenti e ai connessi principi di legittimazione ed interesse al ricorso.

in un momento in cui la lesione al bene della vita non si era ancora prodotta con l'aggravante che, se non fatta valere, restava preclusa la possibilità di far valere i vizi successivamente²¹².

Per comprendere quale sia stato il problema principale che ha portato all'abrogazione della norma, risulta opportuno svolgere qualche ulteriore considerazione.

Particolare attenzione aveva acquisito la peculiare posizione soggettiva del ricorrente che, secondo una certa dottrina, si circoscriveva a un mero interesse alla legittimità dell'azione amministrativa piuttosto che a quello alla spettanza del bene della vita sotteso all'aggiudicazione, così derogando alla regola sostanziale su cui si basa la moderna lettura di interesse legittimo. Ci si interrogava, pertanto, sull'effettiva validità²¹³ di un interesse a ricorrere meramente potenziale²¹⁴ – sebbene introdotto *ex lege*²¹⁵ - in assenza di un provvedimento di aggiudicazione, da taluno definito come sintomo di una opinabile giurisdizione di tipo oggettivo²¹⁶.

Per salvare la norma una differente impostazione evidenziava, al contrario, come l'interesse in questione, lungi dal rappresentare una forma di giurisdizione oggettiva, potesse essere considerato alla stregua di un interesse strumentale autonomamente tutelabile e proteso al conseguimento non della aggiudicazione, ma della sua *chance*, conseguibile attraverso la ripetizione parziale o integrale della gara, ovvero come pretesa sostanziale alla legittima individuazione dei concorrenti finalizzata ad un più efficiente svolgimento della procedura. Il problema è sempre quello dell'ampiezza dell'interesse a ricorrere e della possibilità di ammettere una lettura evolutiva dello

²¹² Secondo R. Caponigro, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, in *Giustamm.it*, 6, 2016, tale disciplina non consentiva la piena tutela degli interessi legittimi consacrata come valore fondante nel vigente ordinamento costituzionale.

²¹³ Per esempio, G. Cumin, *Rito "superaccelerato", esecuzione anticipata e frammentazione dell'interesse a ricorrere*, in *Urb. App.*, Ipsosa, Milano, 5, 2017, p. 650, ritiene che l'interesse che sorregge la disciplina di cui all'art. 2-bis dell'art. 120 del D.lgs. n. 104/2010 sia il risultato di una *factio iuris* che corrisponde a scelte di (mera) opportunità politica, piuttosto che ad una obiettiva necessità di congruenza del sistema di tutela giurisdizionale autoctono.

²¹⁴ L. Presutti, *Il precontenzioso e il rito accelerato nelle procedure per l'affidamento di contratti pubblici*, in *Urb. App.*, Ipsosa, Milano, 3, 2017, sostiene che la soglia dell'interesse ad agire tutelata dall'ordinamento appare, pertanto, arretrata ad uno stadio soltanto potenziale, al fine di garantire la mera *chance* al conseguimento del bene della vita. In questa prospettiva, la condizione dell'azione nel nuovo rito non è dettata dall'interesse finale, ma dall'interesse strumentale, coincidente non con l'utilità, ma con la possibilità di conseguirla. Sul tema *infra* § 4.

²¹⁵ Come evidenzia 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)*, 3 giugno 2016, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 6 e 7, in assenza della previsione normativa, il ricorso promosso immediatamente avverso i provvedimenti di ammissione degli altri concorrenti sarebbe stato dichiarato certamente inammissibile per difetto di interesse.

²¹⁶ Su tale questione, F. Forte, *L'instabile equilibrio tra le esigenze di celerità e di effettività della tutela giurisdizionale nel rito in materia di appalti pubblici*, in *Giustamm.it*, 7, 2018; V. Domenichelli, *Il rito "superaccelerato" nel sistema costituzionale ed eurounitario*, in *Il Processo*, 1, 2019.

stesso che consenta di tutelare un bene della vita futuro e incerto. Tale ipotesi tradizionalmente esclusa²¹⁷, è stata accolta con un certo favore da parte della giurisprudenza²¹⁸ subito dopo l'entrata in vigore della norma, letta come il segnale dell'opportunità di una modifica delle norme processuali e del riconoscimento di una nozione più ampia del bene della vita, meritevole di tutela nell'ambito delle procedure di affidamento.

Si era, inoltre, evidenziata la carenza di una precisa disposizione sostanziale che chiarisse il contenuto dell'atto di conclusione della fase dell'ammissione e verifica dei requisiti di partecipazione alla gara. Altrettante criticità si erano poste con riguardo all'assetto normativo del rito in questione rispetto alla fase cautelare²¹⁹.

Ma quali sono le ragioni che hanno spinto il legislatore a introdurre questa norma?

In primis, quella di realizzare più rapidamente le opere e le prestazioni programmate, anche a rischio di sacrificare le garanzie²²⁰.

Senz'altro, però, quella di riscontro più immediato è legata all'obiettivo di ridurre il contenzioso o, quantomeno, di "ordinarlo". La norma, infatti, si inserisce in un reticolato giurisprudenziale caratterizzato da sollecitazioni sovranazionali e da un acceso "dialogo tra le Corti". Fine auspicato e proclamato era, quindi, quello di arginare la prassi del fenomeno dei ricorsi incidentali escludenti²²¹.

In realtà, anche questa finalità, sebbene suggestiva, non si è rivelata totalizzante poiché residuavano le cause di esclusione diverse da quelle tipizzate e non contemplate dalla norma, per le quali permaneva l'ordinaria disciplina impugnatoria e, quindi, il problema dei ricorsi incidentali.

Un altro grande problema, di ordine prevalentemente pratico, era poi dovuto all'assenza di strumenti di coordinamento tra i ricorsi e tra i diversi riti contestualmente operanti in materia. La sovrapposizione tra i ricorsi – quelli contro le

²¹⁷ Come si è avuto modo di anticipare nel precedente capitolo analizzando la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n.1/2003.

²¹⁸ Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, 13 dicembre 2016, n. 12439, TAR Basilicata, Potenza, sez. I, 27 settembre 2017, n. 612; C. Stato, sez., III, 2 maggio 2017, n. 2014, C. Stato, sez. III, ord. 7 novembre 2017, n. 5138.

²¹⁹ G. Iosca, *Osservazione sul rito appalti: la sua specialità tra luci e ombre*, in *Appalti e Contratti*, 12, 2016, p. 40, evidenzia ad esempio che mentre la legge delega prevedeva disposizioni dettagliate e chiare in merito, circoscrivendo l'applicabilità della disposizione ai solo appalti pubblici di lavori, il testo attuativo non ha riprodotto alcuna limitazione applicativa alla sfera dei lavori. Sul tema si veda anche E. Follieri, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. App.*, Ipsoa, Milano, 8-9, 2016, p. 881 ss.

²²⁰ M.A. Sandulli, *Il tempo del processo come bene della vita*, in *Federalismi.it*, 1 ottobre 2014, p. 14 ss., pone in risalto l'attenzione del legislatore degli ultimi interventi al fattore tempo, ritenuto indicatore fondamentale della rinnovata esigenza di tendere all'efficienza e alla finalizzazione degli appalti pubblici.

²²¹ Come precisato dal parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato 30 marzo 2017, n. 782, sul correttivo al codice appalti, si voleva neutralizzare per quanto possibile l'effetto "perverso" del ricorso incidentale, anche in ragione della giurisprudenza comunitaria e del difficile dialogo con la Corte di giustizia in relazione a tale istituto.

ammissioni/esclusioni devoluti al rito super accelerato e quelli contro l'aggiudicazione assoggettati all'ordinario rito appalti – comportava un conseguente cumulo dei ricorsi e una grande confusione²²² relativamente alla disciplina di conversione dei riti, così come per quella in tema di motivi aggiunti, fortemente limitata senza tener conto del suo essere precipuamente volta a garantire una celerità e concentrazione nei procedimenti.

Una delle soluzioni prospettate muoveva, infatti, proprio dall'opportunità di introdurre un termine di *stand still* analogo a quello previsto per il rito ordinario, previsto tra la fase dell'aggiudicazione e quello della stipulazione, per le impugnazioni dei provvedimenti di ammissione ed esclusione, che evitasse di far avanzare la procedura di gara fino all'aggiudicazione, con tutte le complicazioni derivanti dall'applicazione dei due riti diversi. La proposizione del ricorso avverso l'ammissione/esclusione, infatti, non sospendeva il procedimento di gara che, nel frattempo proseguiva, avviando e persino concludendo l'esame delle offerte. Nella pratica, cioè, accadeva che il ricorso verso l'atto di ammissione o esclusione andava proposto entro 30 giorni dalla pubblicazione e la decisione interveniva entro 30 giorni dal perfezionamento dell'ultima notifica alle parti intimare, perciò complessivamente si dovevano attendere non meno di 60 giorni dalla fase di esame delle istanze dei concorrenti. Ben poteva accadere, pertanto che la decisione relativa al rito super accelerato addivenisse in un momento in cui la fase successiva si era già conclusa, con il rischio di influire sulle decisioni raggiunte dall'amministrazione e ripercussioni sull'*iter* procedimentale²²³, giungendo di fatto a concretizzare esattamente il rischio che la novella normativa mirava a evitare. Sarebbe stato utile, quindi, ad esempio introdurre una separazione netta²²⁴ tra la fase deputata alla verifica dei requisiti e quella avente a oggetto l'esame delle offerte.

²²² Il codice non conteneva una norma *ad hoc* di raccordo tra i due riti, per cui la norma di riferimento si riteneva essere l'art. 32 c.p.a. che così stabilisce: «Se le azioni sono soggette a riti diversi, si applica quello ordinario, salvo quanto previsto dal Titolo V del Libro IV», da cui si ricava che per le norme riguardanti i riti abbreviati, tra cui quello in materia di appalti pubblici, si applica il rito speciale. In questo preciso caso, però, considerato che i riti speciali erano due, la dottrina maggioritaria aveva interpretato la norma riconoscendo prevalenza al rito speciale principale, quello non super accelerato per intenderci.

²²³ In questi termini F. Tramontana, *Il rito degli appalti dopo le innovazioni introdotte dal Codice dei contratti pubblici*, in *Appalti e contratti*, 2017, vol. 12, 9, p. 21, che osservava come la soluzione prospettata dal rito super accelerato rischiasse di inflazionare il contenzioso, facendo approdare in giudizio provvedimenti di ammissione che nell'economia del procedimento di aggiudicazione erano in realtà ininfluenti, come nel caso in cui il ricorrente contestava l'ammissione di un concorrente non collocatosi utilmente in graduatoria.

²²⁴ Come previsto dall'art. 80 co. 6 codice dei contratti, infatti, le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti od omessi prima o nel corso della procedura in una delle situazioni di cui ai commi 1,2,4 e 5.

6. Le molteplici incertezze che erano scaturite dall'introduzione della norma, mostratasi nella pratica ben diversa dalla panacea promessa, sono state presto affrontate e risolte (seppur a breve termine) dall'Adunanza Plenaria e, in seguito, della Corte di giustizia dell'Unione europea, quest'ultima intervenuta a seguito del rinvio pregiudiziale promosso dal Tar Piemonte.

Nello specifico, i giudici di Palazzo Spada²²⁵, facendosi carico della rilevante portata innovativa rappresentata dal nuovo rito c.d. "super accelerato" di cui ai commi 2-bis e 6-bis dell'art 120 del c.p.a., hanno innanzitutto chiarito la *ratio legis* della norma, ovvero quella di «consentire la pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione e, quindi, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione», nel rispetto dei principi di efficienza, speditezza ed economicità, oltre che di proporzionalità del procedimento di gara.

In sostanza, ha ritenuto l'Adunanza Plenaria che con la detta prescrizione normativa²²⁶, peraltro non costituente una novità assoluta²²⁷ nell'ordinamento e non espressiva di un principio generale, il legislatore abbia inteso espressamente riconoscere autonoma rilevanza all'interesse procedimentale relativo alla corretta formazione della platea dei concorrenti, attribuendo a tal fine una rapida protezione giurisdizionale.

Secondo la pronuncia in questione il legislatore ha introdotto:

Un "nuovo modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara, dove la raggiunta certezza preventiva circa la res controversa della prima è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda" e ciò è avvenuto attraverso l'emersione anticipata di un distinto interesse di natura strumentale (sia pure di nuovo conio, come definito in dottrina) che, comunque, rimane proprio e personale del concorrente, e quindi distinto dall'interesse generale alla correttezza e trasparenza delle procedure di gara. Né potrebbe sostenersi che la scelta "limitativa" del legislatore possa essere tacciata di illogicità, essendo sufficiente in proposito porre in luce che l'anticipata emersione di tale interesse procedimentale si giustifica in quanto la maggiore o minore estensione della platea dei concorrenti incide oggettivamente sulla *chance* di aggiudicazione (il che non avviene in

²²⁵ Adunanza Plenaria 26 aprile 2018 n. 4, in *giustizia-amministrativa*.

²²⁶ Costituente una deroga positivamente prevista al diverso principio generale che pretende l'impugnabilità del bando, per vizi che non siano immediatamente escludenti, unitamente all'atto applicativo.

²²⁷ L'Adunanza Plenaria, infatti, evidenzia la similitudine della disposizione a quelle contenute nei primi due commi dell'art. 129 del c.p.a. che disciplinano il procedimento elettorale, poiché anche in questa ipotesi: «Il legislatore, nell'ambito della propria discrezionalità, ha fornito immediata protezione ad un interesse procedimentale (o, se si vuole, ha attribuito connotazioni sostanziali al medesimo) ed ha stabilito a presidio del medesimo termini stringenti di impugnazione dei provvedimenti in tesi (certamente ed immediatamente) lesivi, rinviando ad un momento successivo l'eventuale contenzioso investente provvedimenti di cui – nella fase embrionale del procedimento elettorale – non era certa la lesività, attualizzandosi la medesima, possibilmente, soltanto all'esito della competizione elettorale».

riferimento a censure attingenti clausole non escludenti del bando che perseguono semmai la diversa - e subordinata - ottica della ripetizione della procedura)²²⁸.

I giudici amministrativi, quindi, riconoscendo l'innovatività della norma ne avevano delineato un preciso ambito di applicazione, con motivazioni senz'altro suggestive e pertinenti. Contemporaneamente, la questione era stata sottoposta dal Tar Piemonte²²⁹ all'esame della Corte di giustizia e dal Tar Puglia alla Corte costituzionale²³⁰ al fine di vagliarne la compatibilità²³¹ con i principi eurounitari e costituzionali.

²²⁸ Adunanza Plenaria 26 aprile 2018 n. 4, *cit.*, par. 19.3.10.

²²⁹ TAR Piemonte, sez. I, ordinanza 17 gennaio 2018, n. 88, in *giustizia-amministrativa.it*, sulla quale in senso critico si veda E. M Barbieri, *L'ammissione alle gare pubbliche di appalto davanti alla Corte di Giustizia* [Nota a ordinanza: TAR Piemonte, sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88], in *Nuovo notiziario giuridico*, 2018, 1, p. 286 ss.

²³⁰ TAR Puglia - Bari, Sez. III, ordinanza 20 giugno 2018, n. 903, TAR Puglia - Bari, Sez. III, ordinanza 20 luglio 2018, n. 1097. Per la soluzione adottata dalla Corte costituzionale con la sentenza 13 dicembre 2019, n. 271, *infra*, §5.

²³¹ Nello specifico erano state sottoposte le seguenti questioni pregiudiziali:

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

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

La Corte di giustizia europea²³², per vero senza grosse sorprese²³³, ha statuito la piena compatibilità del rito super accelerato con il diritto eurounitario, purché i provvedimenti di ammissione e di esclusione siano non soltanto comunicati ma anche accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti, in modo da garantire che gli interessati siano venuti o possano venire a conoscenza della violazione del diritto dell'Unione dagli stessi lamentata.

La vera sorpresa è stata, invece, l'abrogazione della norma a soli due mesi dalla pronuncia della Corte di giustizia.

7. Come è noto, in un ordinamento di diritto positivo, a prescindere dagli indirizzi giurisprudenziali seppur condivisibili, resta sovrano il potere politico-discrezionale riservato al legislatore nella selezione degli interessi da tutelare.

È proprio nell'esercizio di tale potere che il legislatore ha deciso di abolire²³⁴ il rito super accelerato. L'*iter* legislativo che ha portato all'eliminazione della norma ha visto il susseguirsi del D.L. 32 del 18 aprile 2019, c.d. decreto sblocca cantieri e, in seguito, della sua legge di conversione, L. 14 giugno 2019 n. 55.

In sede di conversione²³⁵ è stata, quindi, confermata l'abrogazione del rito super speciale o super accelerato di cui all'art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis* del c.p.a., disposta dall'articolo 1 del citato D. L. n. 32 del 2019.

²³² CGUE, sez IV, ordinanza 14 febbraio 2019, C-54/18 ha enunciato i seguenti principi di diritto:
«1. La 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, [...] deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede che i ricorsi avverso i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione o esclusione dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici debbano essere proposti, a pena di decadenza, entro un termine di 30 giorni a decorrere dalla loro comunicazione agli interessati, a condizione che i provvedimenti in tal modo comunicati siano accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti tale da garantire che detti interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza della violazione del diritto dell'Unione dagli stessi lamentata.
2. La direttiva 89/665, [...] deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede che, in mancanza di ricorso contro i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione degli offerenti alla partecipazione alle procedure di appalto pubblico entro un termine di decadenza di 30 giorni dalla loro comunicazione, agli interessati sia preclusa la facoltà di eccepire l'illegittimità di tali provvedimenti nell'ambito di ricorsi diretti contro gli atti successivi, in particolare avverso le decisioni di aggiudicazione, purché tale decadenza sia opponibile ai suddetti interessati solo a condizione che essi siano venuti o potessero venire a conoscenza, tramite detta comunicazione, dell'illegittimità dagli stessi lamentata».

²³³ Per un commento della pronuncia, I. Grossi, *Il rito super accelerato supera il vaglio della Corte di Giustizia*, in *Urb. App.*, Ipsoa, Milano, 2, 2019, p. 175 ss.

²³⁴ Sul tema S. Tranquilli, in Osservatorio sulla giustizia amministrativa coordinato da Maria Alessandra Sandulli e Marco Lipari. Parte I. Contributi. *Quid iuris dopo il commiato del rito super-speciale sulle impugnazioni delle ammissioni ed esclusioni dalle gare?*, in *Foro Amministrativo* (II), 3, 1 marzo 2019, p. 363 ss.

²³⁵ Legge 14 giugno 2019, n. 55 (in G.U. n. 140 del 17 giugno 2019; in vigore dal 18 giugno 2019) – Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, recante disposizioni

Nella Relazione di accompagnamento si individua la *ratio legis* dell'intervento abrogatore, ovvero quella di salvaguardare il diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*²³⁶, ritenuto compromesso dalle disposizioni in esame²³⁷ nonostante anche a livello sovranazionale ciò sia stato espressamente escluso.

Quindi si pone fine al rito super accelerato, ma da quando? Sul piano del diritto transitorio, l'art. 1, comma 5, d.l. n. 32 del 2019 ci fornisce direttamente la risposta poiché si preoccupa di specificare che l'effetto abrogativo decorre dalla data di inizio²³⁸

urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici. L'art. 1, commi 22 e 23 del decreto-legge, nella versione derivante dalla legge di conversione, prevede la seguente disciplina:

“All'articolo 120 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, sono apportate le seguenti modificazioni:

- a) i commi 2-*bis* e 6-*bis* sono abrogati;
- b) al comma 5, primo periodo, le parole: “Salvo quanto previsto al comma 6-*bis*, per l'impugnazione” sono sostituite dalle seguenti: “Per l'impugnazione”;
- c) al comma 7, primo periodo, le parole: “Ad eccezione dei casi previsti al comma 2-*bis*, i nuovi” sono sostituite dalle seguenti: “I nuovi”;
- d) al comma 9, le parole: “Nei casi previsti al comma 6-*bis*, il tribunale amministrativo regionale deposita la sentenza entro sette giorni dall'udienza, pubblica o in camera di consiglio, di discussione; le parti possono chiedere l'anticipata pubblicazione del dispositivo, che avviene entro due giorni dall'udienza” sono soppresse;
- e) al comma 11, primo periodo, le parole: “Le disposizioni dei commi 2-*bis*, 3, 6, 6-*bis*, 8, 8-*bis*, 8-*ter*, 9, secondo periodo e 10” sono sostituite dalle seguenti: “Le disposizioni dei commi 3, 6, 8, 8-*bis*, 8-*ter*, 9 e 10”.

²³⁶ Testualmente, nella Relazione di accompagnamento al disegno di legge: «La disposizione è volta a sopprimere il cosiddetto rito super accelerato che attualmente pende in Corte costituzionale e che è risultata, anche a seguito della consultazione pubblica effettuata dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, una norma che rischia di comprimere il diritto di difesa *ex* articolo 24 della Costituzione, prevedendo ulteriori oneri in capo alle imprese e che, di fatto, non sembra aver raggiunto il risultato di accelerare le procedure di affidamento dei contratti pubblici».

²³⁷ Rischio paventato, per il vero, dalla dottrina maggioritaria sin dall'introduzione della norma. È concorde, ad esempio, G. Di Pardo, *Il decreto sblocca-cantieri intona il de profundis per il rito speciale ex art. 120 co. 2 bis del codice del processo amministrativo*, in www.lexitalia.it, 2019, p. 4, il quale sostiene che l'onere di impugnazione immediata delle ammissioni degli altri concorrenti, rappresenta un costo notevole e scarsamente giustificato in assenza della comprovata lesione dell'interesse di cui è titolare l'operatore economico partecipante alla gara. Per l'inquadramento generale della richiamata disciplina e dei profili di criticità vedi anche, L. Cocchi, *Prime osservazioni sul nuovo rito degli appalti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 16 giugno 2016; I. Martella, *Le novità processuali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2016, p. 661; 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, 2, p. 710; E.M. Barbieri, *L'interesse a ricorrere è ancora una condizione del ricorso giurisdizionale amministrativo?*, in *Riv. dir. proc.*, 6, 2017, p. 1580; R. Caponigro, *Riflessioni sulla tutela giurisdizionale nelle gare d'appalto con vincolo di aggiudicazione*, in www.giustizia-amministrativa.it; A.G. Pietrosanti, *Piena conoscenza, termine per impugnare ed effettività della tutela nel rito “super accelerato” ex art. 120 co. 2 bis c.p.a.*, in Federalismi.it; 7, 2017.

²³⁸ Ritiene TAR Reggio Calabria 13 maggio 2019, n. 324, in giustizia-amministrativa.it, che in virtù di un canone interpretativo ispirato a fondamentali esigenze di effettività della tutela giurisdizionale ma anche di ordine logico-sistematico, per processi “iniziati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto” debbano intendersi, nell'ottica di chi agisce in giudizio ovvero di chi lo ha “iniziato”, quelli in cui il ricorso introduttivo venga notificato (e non depositato) dopo il 19 aprile 2019 poiché: « a) a prescindere dal momento in cui nel processo amministrativo si determina la litispendenza (notificazione

del processo, che deve essere successiva all'entrata in vigore del decreto (quindi, dopo il 19 aprile 2019). È, pertanto, irrilevante ai fini dell'applicazione della disciplina lo stato della procedura di affidamento, con conseguente irrilevanza dell'epoca di pubblicazione del bando ovvero del momento di avvio della procedura stessa, sebbene la soluzione più coerente sarebbe stata proprio quella che utilizzava come discriminante temporale la pubblicazione del bando²³⁹.

È lecito porsi degli interrogativi.

Cosa è cambiato concretamente con la riforma? Era davvero necessaria? Quali prospettive si possono delineare?

Se non sembrano porsi grossi problemi con riguardo alla riespansione delle regole processuali, ricordiamo già speciali rispetto a quelle ordinarie, il problema riguarda, invece, capire come incide la nuova disciplina sulla regola riguardante l'onere di immediata impugnazione dell'ammissione del concorrente.

Nello specifico, il nodo cruciale attiene alle conseguenze scaturenti dalla mancata impugnazione dell'altrui ammissione sotto la vigenza della vecchia disciplina: può godere la norma in questi casi di un regime di ultrattività, con conseguente impossibilità di proposizione del ricorso direttamente contro l'aggiudicazione o, invece, l'abrogazione della norma ne comporta automaticamente la neutralità? Sembra potersi preferire la seconda soluzione, più che altro poiché conforme alla disciplina transitoria introdotta dal legislatore che, come anticipato, individua nella data di entrata in vigore della legge di conversione il termine da cui far decorrere la modifica normativa. In questo modo, cioè, la legge introduce una sorta di "sanatoria della preclusione"²⁴⁰ determinata nella vigenza del precedente assetto normativo.

del ricorso o il suo deposito), rilevano, ai limitati fini della norma transitoria e nell'ambito della disciplina speciale del rito appalti, gli effetti sostanziali e processuali scaturenti dalla notifica del ricorso introduttivo [...]. Diversamente intendendo la disposizione transitoria, e cioè associando all'atto della notifica effetti processuali ed extraprocessuali che esso non aveva in base alla legge del tempo in cui è stato posto in essere, si finirebbe per giustificare un'applicazione retroattiva della nuova normativa processuale a partire dalla data di notifica del ricorso che la lettera stessa della legge transitoria ("...processi iniziati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto") sembra così ragionevolmente escludere [...]. b) a corredo delle argomentazioni che precedono, non si può trascurare che, da un punto di vista generale, in materia di appalti pubblici il momento della notifica del ricorso introduttivo, più che quello del suo deposito, risponde espressamente ad irrinunciabili esigenze di certezza sostanziale e speditezza procedimentale».

²³⁹ Come del resto prevede la disposizione generale di cui all'art. 216, comma 1, stabilendo che: «Fatto salvo quanto previsto nel presente articolo ovvero nelle singole disposizioni di cui al presente codice, lo stesso si applica alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte».

²⁴⁰ Così M. Lipari, *Il rito superspeciale in materia di ammissioni e di esclusioni (art. 120, co. 2-bis e 6-bis del cpa) va in soffitta. E, ora, quali conseguenze pratiche?*, in *giustizia-amministrativa.it*, 20 giugno 2019, il quale osserva che la casistica potrebbe risultare più complessa e varia. L'A. cita, ad esempio, il caso di chi abbia visto respinto definitivamente il proprio ricorso proposto contro l'ammissione del

Ma, ancora prima, cosa resta dell'onere di immediata impugnazione dell'altrui ammissione?

Ragionando sulla base delle categorie tradizionali dovremmo essere portati ad affermare che a seguito dell'abrogazione si sia determinata un'automatica (ri)espansione del rito appalti delineato dall'art. 120 c.p.a. e dei principi generali in materia di impugnazione, perciò solo i provvedimenti autonomamente lesivi, come quelli che determinano l'esclusione dalla procedura, potranno essere immediatamente impugnati (sebbene in termini meno celeri rispetto a prima), mentre per contestare l'altrui ammissione sarà necessario attendere l'aggiudicazione, ovvero il momento in cui (per la prima volta) l'interesse a ricorrere da parte del concorrente, insoddisfatto dall'esito della gara, diventa concreto ed attuale. Ciò sembrerebbe trovare conferma anche dall'analisi del nuovo art. 29²⁴¹ del codice che, con l'entrata in vigore della legge di conversione del decreto Sblocca cantieri, ha subito una modifica poiché sono stati abrogati gli obblighi di pubblicazione delle liste di ammessi ed esclusi alla gara per consentire la proposizione dei ricorsi con il rito super accelerato.

Tuttavia, permane l'obbligo di comunicazione ai concorrenti dei provvedimenti di ammissione ed esclusione alle procedure di gara con le modalità previste dal codice dell'amministrazione digitale. Tale onere, oggi previsto dall'art. 76 co. 2-bis²⁴², sembrerebbe allora ancora idoneo a consentire agli operatori di esercitare il proprio

concorrente poi divenuto aggiudicatario. In tale evenienza, infatti, sebbene l'interessato non possa riproporre le stesse censure contro l'aggiudicazione con un ricorso proposto dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina, non è altrettanto pacifica la possibilità di promuovere un nuovo giudizio contro l'aggiudicazione, facendo valere vizi diversi da quelli sottoposti al TAR nel primo giudizio, ma sempre inerenti all'ammissione del concorrente.

²⁴¹ Art. 29 co.1, come modificato dall'art. 1, comma 20, lett. d), della legge n. 55 del 2019: «1. Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5, alla composizione della commissione giudicatrice e ai *curricula* dei suoi componenti, ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente" con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Nella stessa sezione sono pubblicati anche i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione con le modalità previste dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Gli atti di cui al presente comma recano, prima dell'intestazione o in calce, la data di pubblicazione sul profilo del committente. Fatti salvi gli atti a cui si applica l'articolo 73, comma 5, i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla pubblicazione sul profilo del committente».

²⁴² D.lgs. n. 50/2016 art. 2-bis: «Nei termini stabiliti al comma 5 è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'articolo 5-bis del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, o strumento analogo negli altri Stati membri, del provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti».

diritto di difesa in giudizio²⁴³, continuando a qualificare l'ammissione come provvedimento e a disciplinare l'obbligo comunicativo della stazione appaltante.

Del resto, tale norma, introdotta *ex novo* proprio dalla novella normativa, conserverebbe una sua utilità solo riconoscendo ancora la possibilità di impugnazione, in virtù del principio di non contraddizione cui si conforma l'ordinamento. Inoltre, se l'interesse strumentale alla corretta definizione della platea dei concorrenti ha una sua autonomia e rilevanza, come precisato dall'Adunanza Plenaria e confermato dalla Corte di giustizia e dalla Corte costituzionale, l'ammissione continua ad essere un atto immediatamente lesivo, oggi impugnabile con il rito ordinario.

La modifica normativa determina, poi, come conseguenza l'allungamento del termine per la comunicazione della esclusione, da 2 a 5 giorni. Infine, l'abrogazione del rito super speciale comporta anche l'eliminazione della preclusione, positivamente prevista, delle impugnazioni avverso la proposta di aggiudicazione e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività, riaprendo ad esempio la strada a possibili nuovi tentativi di ampliamento dei casi di immediata impugnazione del bando di gara.

Le criticità che assistevano la norma probabilmente avrebbero potuto essere risolte in maniera meno drastica, senza espungere la norma dall'ordinamento.

Ma è veramente così? O forse non è stata più lungimirante la decisione di ritornare alle origini, lasciando che il rito super accelerato diventasse solo un altro degli esperimenti falliti del nuovo codice, alla stregua delle raccomandazioni vincolanti²⁴⁴ e delle linee guida ANAC²⁴⁵?

²⁴³ In questi termini M. Lipari, *Il rito superspeciale in materia di ammissioni e di esclusioni (art. 120, co. 2-bis e 6-bis del cpa) va in soffitta. E, ora, quali conseguenze pratiche?*, in *giustizia-amministrativa.it*, 20 giugno 2019, che, del resto, richiama il principio espresso dalla Corte di giustizia secondo cui contrastano con il diritto UE le disposizioni nazionali che impediscono di proporre immediatamente il ricorso contro atti che possono minacciare il diritto dell'interessato di conseguire l'appalto. Sulla base di tale considerazione, l'A. allora ipotizza la permanenza della possibilità di un'impugnazione immediata dell'atto di ammissione di un concorrente, per carenza dei requisiti soggettivi, sulla base di una lettura coordinata dell'art. 29, co. 1, e dell'art. 76, co. 2-bis, D.lgs. n. 50/2016, nonché dell'art. 120, co. 5, c.p.a. Tale possibilità, del resto, troverebbe riscontro anche in materia di impugnazione del provvedimento di ammissione ed esclusione, finalizzata alla corretta determinazione delle medie, rilevanti per il calcolo della soglia di anomalia. L'incertezza circa l'estensione della facoltà, se non doverosità dell'impugnazione delle altrui ammissioni a decorrere dalla comunicazione individuale, è stata del resto evidenziata anche dal documento dell'ANAC, *Prime valutazioni di impatto sul sistema degli appalti pubblici*, 16 maggio 2019, in *l'amministrativista.it*.

²⁴⁴ Un altro istituto rivoluzionario introdotto dal D.lgs. n. 50/2016 che, all'art. 211 co. 2 prevedeva un potere di raccomandazione in capo all'ANAC in relazione ad un vizio di legittimità nella procedura di gara, mediante il quale si invitava la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere gli eventuali effetti degli atti illegittimi entro un termine stabilito.

²⁴⁵ Con il D. L. n. 32 del 18 aprile 2019, convertito dalla L. 55/2019 (c.d. Sblocca Cantieri), anticipando la futura riforma degli appalti, si supera il sistema del c.d. *soft law*, cioè delle Linee Guida ANAC, in particolare di quelle vincolanti, a favore del ritorno al Regolamento Unico Appalti, che disporrà in materia di esecuzione, attuazione e integrazione del Codice.

Il punto è comprendere se effettivamente la vigenza del rito super accelerato abbia contribuito a rendere più celeri ed efficienti le procedure di gara ma a tale quesito è difficile dare una risposta, poiché il rito è stato abrogato prima di aver potuto effettivamente ottenere un riscontro effettivo.

A ciò si aggiunga che la compatibilità di una norma con i principi interni è il frutto dell'evoluzione che il principio stesso subisce nel tempo, come conseguenza inevitabile di ogni democratico Stato di diritto. L'evoluzione è, infatti, il sintomo di un sistema che funziona e che ambisce a crescere ma per funzionare meglio bisogna rendere più efficienti e meno farraginose le regole procedimentali e processuali, coniugare i tempi con le difficoltà degli operatori²⁴⁶ e, senza ombra di dubbio, evitare lacune normative o *deficit* di coordinamento nei testi di legge.

Seppure personalmente si condividano i propositi di razionalizzazione e deflazione del contenzioso che si volevano raggiungere con l'introduzione della disciplina, probabilmente i tempi non erano maturi per recepire realmente le novità apportate al sistema processuale e sostanziale.

O, forse, sarebbe bastata una maggiore attenzione in sede di recepimento interno per evitare un epilogo così triste.

²⁴⁶ Le stesse stazioni appaltanti non hanno mai manifestato grande interesse verso la disciplina abrogata che, in ogni caso, imponeva loro notevoli obblighi di trasparenza.

Capitolo quarto

L'INTERESSE STRUMENTALE E LA SUA RILEVANZA NELLA GIURISPRUDENZA

SOMMARIO: 1. Introduzione: il rito super accelerato nasce per arginare la prassi dei ricorsi incidentali reciprocamente escludenti. - 2. Interesse finale e interesse strumentale. - 3. (Segue) Interesse procedimentale: quale autonomia? - 4. Il tormentato rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale: *excursus* giurisprudenziale. - 5. Adunanza Plenaria 11 maggio 2018 n. 6. - 6. Corte di Giustizia 5 settembre 2019.

1. Come si è avuto modo di evidenziare nel capitolo precedente, l'introduzione del rito super accelerato era nato anche con l'auspicio di risolvere il dibattuto problema dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale.

Tale questione, che ha trovato storicamente il suo campo elettivo nelle procedure di evidenza pubblica è, infatti, al centro di un dibattito giurisprudenziale da più di un decennio.

Il punto da cui partire, che costituirà l'oggetto di analisi di questo quarto capitolo, è la diversa connotazione che assume il c.d. interesse a ricorrere nella giurisprudenza nazionale ed in quella eurounitaria. Proprio al fine di ovviare a questo problema di non scarso rilievo, poiché foriero di rilevanti conseguenze in punto di effettività della tutela e di diritto alla difesa *ex art. 24 Cost.*, il legislatore aveva introdotto il rito super accelerato.

Il nuovo rito, previsto dall'art. 120 co. 2-*bis* del c.p.a., infatti, prevedeva un onere di impugnazione immediata del provvedimento che determinava le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, disponendo altresì che l'omessa impugnazione avrebbe precluso la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. Sebbene tale novità normativa apparisse conforme ai recenti approdi resi dalla Corte di giustizia e risultasse finalizzata a deflazionare il contenzioso, sono molteplici gli spunti di criticità sollevati dalla più autorevole dottrina, nonché dalla stessa giurisprudenza.

I problemi ruotavano sostanzialmente intorno all'estensione del concetto di interesse a ricorrere: ci si chiedeva, cioè, se fosse o meno compatibile con il sistema processuale interno una disciplina, come quella prevista dal 120 co. 2-*bis*, che riconosceva autonomia ad un interesse meramente potenziale, secondario e strumentale, imponendo di impugnare a pena di decadenza le ammissioni e le esclusioni altrui in un momento in cui la lesione era solo ipotetica, non essendovi stata ancora

alcuna aggiudicazione²⁴⁷. Secondo le impostazioni più tradizionaliste si rischiava, cioè, di assegnare alla giurisdizione una connotazione meramente oggettiva, priva dei requisiti di attualità e concretezza della lesione, svuotando di significato il concetto di interesse a ricorrere. Ciò, a maggior ragione, a causa della clausola che non consentiva ai partecipanti di sollevare questioni afferenti ad ammissioni ed esclusioni in una fase successiva, così costringendo tutti gli operatori a proporre ricorsi al buio avverso tutte le ammissioni altrui per non rischiare di vedersene precluse successivamente.

Con la novella normativa, infatti, la contestazione circa l'illegitima ammissione di un concorrente era sottoposta al termine decadenziale di 30 giorni dalla pubblicazione del provvedimento che disponeva le ammissioni e le esclusioni, precludendo la facoltà di una successiva impugnazione dell'aggiudicazione per invalidità successiva, anche derivata. Per tutelare la stabilità della gara il legislatore aveva, cioè, introdotto uno sbarramento alla possibilità di far valere, anche con ricorso incidentale²⁴⁸, vizi inerenti all'ammissione ed esclusione dalla gara in un momento successivo a quello previsto *ad hoc* per tale onere. Si evidenziava, inoltre, come la norma *de qua* avesse un ambito applicativo parziale, limitato cioè solo ai vizi di ammissione ed esclusione previsti dall'art. 120 co. 2-*bis* e fosse anche lesiva delle facoltà di difesa dei concorrenti perché non bilanciata da reali vantaggi. Allo stesso modo si contestava il mancato coordinamento con le altre norme processuali e con le altre fasi della procedura, che dava origine al rischio di una sovrapposizione di riti processuali.

Come si è avuto modo di spiegare più approfonditamente nel capitolo precedente, tali novità normative non solo non hanno fugato i molteplici dubbi sul tema durante la loro vigenza, al punto da aver sollecitato plurimi interventi dei più alti organi di giustizia interna e della Corte di giustizia, ma sono stati di fatto neutralizzati dal successivo intervento legislativo che ne ha disposto l'eliminazione dall'ordinamento.

L'abrogazione del rito super accelerato comporta, quindi, l'automatica riesplorazione del problema a tutti i vizi di invalidità derivata, ivi compreso quelli relativi ad ammissioni ed esclusioni dalla procedura.

Sulla base di questa premessa è ora possibile affrontare il tema dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale in materia di gare pubbliche non prima, però, di aver definito meglio il concetto di interesse finale e di interesse strumentale, attorno ai quali ruota l'intera questione.

²⁴⁷ Sul punto si ricorda come la sentenza n. 4/2018 (già analizzata nel secondo capitolo) resa dall'Adunanza Plenaria in tema di impugnazione dei bandi di gara, avesse definito il rito in questione come "nuovo modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza e disgiunto per fasi successive del procedimento di gara" e, rispondendo parzialmente alle contestazioni mosse a riguardo, precisato che tale rito non sottendesse un interesse procedimentale astratto e oggettivo ma assumesse una connotazione soggettiva e personale del concorrente che si giustificava proprio per la sua attitudine a selezionare quella che sarebbe stata la futura platea dei concorrenti, influenzando significativamente sulle *chances* di aggiudicazione.

²⁴⁸ Sulla natura e i limiti del ricorso incidentale nell'ambito del rito "super-speciale" si veda 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. App.*, Ipsoa, Milano, 2018, 2, p. 145 ss.

2. Per poter comprendere al meglio il problema e verificare se esso si sia o meno attenuato a seguito dell'ultima e recentissima pronuncia della Corte di giustizia del 5 settembre 2019, è opportuno preliminarmente soffermarsi sull'annosa dicotomia tra interesse finale ed interesse strumentale.

Tale questione ha assunto un ruolo cruciale negli appalti pubblici, al punto da suggerire una rimeditazione dei tradizionali istituti processuali.

L'interesse al ricorso, per come è stato formulato e sempre interpretato dalla dottrina processualistica, ha ad oggetto il bene della vita finale cui il ricorrente aspira. Tale bene configura, cioè, il vantaggio o l'utilità che il ricorrente mira a conseguire con la proposizione del ricorso. Per tali motivi nessuno ha mai dubitato che l'interesse al bene finale possieda le caratteristiche della personalità, concretezza, attualità proprie dell'istituto. Tale interesse è rappresentato in materia di appalti dalla possibilità di conseguire l'aggiudicazione.

Per interesse strumentale si intende, invece, l'interesse volto ad ottenere una nuova *chance* per il conseguimento del bene della vita²⁴⁹. Già da questa definizione emergono le criticità²⁵⁰ legate alla configurabilità di tale interesse. In un diritto che punta alla certezza dei rapporti giuridici, che posto occupa un interesse i cui contorni sono incerti e confusi?

La figura dell'interesse strumentale è, infatti, contestata da quanti evidenziano che, a fronte di un interesse meramente ipotetico al rinnovo della gara, privo di attualità e concretezza considerato che la stazione appaltante non è tenuta a pubblicare un nuovo bando, sarebbero sacrificati l'interesse pubblico all'esecuzione del contratto e quello dell'aggiudicatario.

Secondo la dottrina tradizionale, la configurazione strumentale dell'interesse legittimo seppur conservi un'utilità, manifesta quindi i suoi limiti in sede di tutela giurisdizionale poiché esso rappresenta l'espressione di una più ampia tutela dell'interesse legittimo finale, sussistente ogniqualvolta per l'atteggiarsi della singola fattispecie non sia possibile dedurre in giudizio l'intero conflitto sostanziale. In tali

²⁴⁹ In senso contrario C. Varrone, «*Der Kampf ums Recht*»: breve chiosa sul c.d. interesse strumentale nelle procedure di evidenza pubblica, in *Giustamm.it*, 10, 2012, il quale ritiene che il bene della vita a cui il privato aspira non è quello collegato alla ripetizione della gara, peraltro del tutto eventuale, bensì quello concreto ed attuale volto ad evitare il rafforzamento, sul mercato di riferimento, della posizione economica del concorrente cui l'amministrazione affida illegittimamente la realizzazione dell'opera pubblica ovvero, a contrario, ad impedire che la propria presenza sul mercato subisca un'illegittima contrazione.

²⁵⁰ G. Tropea, *L'interesse strumentale a ricorrere: una categoria al bivio?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2010, p. 696, quasi dieci anni fa evidenziava come per superare definitivamente la teorica delle posizioni legittimanti sarebbe stata opportuna una scelta di politica legislativa, da compiere sul piano della ponderazione dei principi costituzionali in gioco, colmando per tale via l'assenza di una precisa regola che sia a sua volta espressione del principio di effettività della tutela e della concorrenza.

termini non rappresenterebbe una situazione soggettiva autonoma, bensì una forma di tutela dell'interesse legittimo finale²⁵¹.

La giurisprudenza negli ultimi approdi, invece, sotto le spinte degli orientamenti della Corte di giustizia è sempre più incline al riconoscimento di un interesse di carattere strumentale, inteso come interesse a ottenere la caducazione del provvedimento amministrativo in vista di una valutazione del rapporto controverso, attraverso una nuova sollecitazione dell'esercizio del potere amministrativo, in termini idonei a evitare un danno ovvero ad attribuire un vantaggio. L'assunto della sufficienza di un interesse di carattere strumentale è stato, ad esempio, sostenuto con riguardo alla legittimazione ad impugnare l'atto di aggiudicazione da parte di un soggetto che non sia stato posto in grado di partecipare ad una procedura di evidenza pubblica ovvero sia stato escluso da una trattativa privata e aspiri, per effetto dell'accoglimento del ricorso, alla ripetizione o alla prima indizione della procedura selettiva²⁵².

Dal punto di vista sostanziale ciò avviene tramite il riconoscimento di una doppia posizione soggettiva in capo all'operatore: l'interesse legittimo pretensivo all'aggiudicazione finale e l'interesse strumentale al rinnovo della gara posteriormente all'annullamento dell'atto di aggiudicazione illegittimo.

Al fine di evitare che l'ingranaggio processuale amministrativo possa essere innescato senza produrre alcuna utilità concreta non è, però, sufficiente la "dignità" dell'interesse protetto, occorrendo altresì che esso sia finalizzato al conseguimento di un bene della vita, anche di natura morale o residuale.

L'interesse strumentale al rinnovo della gara, in quanto posizione sostanziale, è infatti collegato a un bene della vita, ovverosia la *chance* di aggiudicazione, quale possibile esito favorevole derivante dalla rinnovazione della procedura e nuova valutazione dell'offerta. In questo senso esso rappresenta una forma di tutela in forma specifica della *chance* di aggiudicazione, attribuendo all'impresa (finanche se esclusa dalla gara) la possibilità di aggiudicarsi la nuova gara che verrà espletata. In questa prospettiva, l'annullamento della gara e la sua conseguente ripetizione divengono gli strumenti per concretizzare i principi di correttezza dell'azione amministrativa e di *par condicio*.

Nell'ambito delle procedure di gara, quindi, coesistono differenti modi di atteggiarsi dell'interesse a ricorrere che sottendono²⁵³ diverse posizioni soggettive sul piano sostanziale: l'interesse finale all'aggiudicazione del contratto e l'interesse

²⁵¹ Così in G. Greco, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Diritto Amministrativo*, 3, 2014, p. 507.

²⁵² Cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. VI, 7 giugno 2001, n. 3090; 7 maggio 2001, n. 2541.

²⁵³ C. Criscenti, *Il futuro del passato interesse a ricorrere*, in *Giustamm.it*, 12, 2005, evidenzia che il passaggio dall'interesse legittimo all'interesse al ricorso non deve ingannare, in quanto non si ha tanto un ritorno alle origini, quanto un'estrema evoluzione e compenetrazione fra i due piani nel senso che l'attenzione si sposta dall'utilità come condizione dell'azione all'utilità come effetto dell'azione, lasciando così l'azione nel suo sorgere avvinta solo all'interesse sostanziale.

strumentale alla mera ripetizione della gara senza alcuna considerazione della specifica posizione di singoli partecipanti ad essa²⁵⁴.

Le suddette posizioni soggettive sostanziali radicano conseguentemente due diverse legittimazioni ad agire in giudizio. Il problema è comprendere quando possa dirsi sussistente quell'interesse strumentale al rinnovo della gara che comporta il dovere da parte del giudice di esaminare nel merito la domanda. Alla luce dei principi espressi dalla Corte di giustizia e recepiti dalla giurisprudenza nazionale, è possibile affermare che l'interesse strumentale al rinnovo della gara assume le caratteristiche di interesse sostanziale, concreto, immediato e attuale, tale da legittimare la proposizione del ricorso principale obbligando il giudice, in conformità al principio di parità delle parti e di imparzialità, ad esaminare anche il ricorso principale in determinate situazioni.

Premettendo quello che sarà meglio precisato in seguito, ciò accade *in primis* quando sono rimaste in gara due sole imprese ed entrambe propongono ricorsi reciprocamente escludenti anche se fondati su vizi diversi. Sussiste analogamente un interesse strumentale autonomamente tutelabile qualora, sebbene in gara vi siano più di due partecipanti, le censure fatte valere con il ricorso principale coinvolgono tutte le imprese partecipanti alla procedura perché affette da un vizio comune o perché si contesti la validità della stessa *lex specialis* così da invalidare l'intera selezione. In questi casi è, infatti, pacifica l'obbligatorietà dell'esame anche del ricorso principale poiché dal suo accoglimento deriverebbe con certezza la caducazione integrale della gara e verrebbe tutelato l'interesse strumentale alla rinnovazione della procedura, che quindi è concreto, immediato, attuale.

Diversamente, invece, nelle ipotesi in cui l'eventualità della caducazione della gara è incerta, si discute della reale consistenza dell'interesse a ricorrere. Gli sforzi del legislatore nazionale di adeguarsi alle prescrizioni del diritto europeo e il dialogo costante della giurisdizione amministrativa con la Corte di giustizia non hanno, infatti, fatto chiarezza sulla problematica relazione tra ricorso principale e ricorso incidentale c.d. "escludente". Proprio questa incertezza ha sollecitato l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato a rimettere la questione ancora una volta alla Corte di giustizia, con l'ordinanza 11 maggio 2018, n. 6 che sarà esaminata a breve.

3. La categoria delle posizioni soggettive giuridicamente rilevanti oggi non si esaurisce più nella rigida bipartizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, sussistendo per converso una molteplicità di situazioni amorfe di dubbia configurazione autonoma. In questo contesto si inserisce il c.d. interesse

²⁵⁴ G. Cumin, *Rito "superaccelerato", esecuzione anticipata e frammentazione dell'interesse a ricorrere*, in *Urb. App.*, Ipsosa, Milano, 5, 2017, p. 642, durante la vigenza del rito super speciale aveva individuato una categoria ulteriore di interesse strumentale, di secondo grado o "personalizzato", alla mera ripetizione della gara previa considerazione della specifica posizione di singoli partecipanti ad essa e, quindi, individualizzato.

procedimentale, inteso come pretesa del privato al rispetto delle regole del procedimento amministrativo che disciplinano l'esercizio del potere²⁵⁵.

Gli interessi procedurali si identificano, in sostanza, in una serie di garanzie formali o di natura processuale riconducibili ai livelli essenziali delle prestazioni *ex art. 117 co. 2 lett. m) Cost.*, il cui substrato materiale²⁵⁶ è rappresentato non tanto dal bene della vita che il soggetto aspira a conseguire o conservare all'esito della decisione della p.a., quanto da un'utilità autonoma e svincolata dalla spettanza al bene della vita correlato al provvedimento. Da ciò deriva che tali interessi procedurali non costituiscono semplici interessi strumentali all'esito sostanziale della procedura ma hanno un rilievo autonomo e sono preposti a un diverso bene della vita, seppur connesso con quello protetto dalla posizione soggettiva dell'interesse legittimo, quali ad esempio l'informazione, il contraddittorio, la certezza giuridica, la ragionevole durata del procedimento.

In dottrina e in giurisprudenza si discute circa la natura giuridica di tali interessi procedurali.

Secondo l'impostazione più tradizionalista, l'interesse procedimentale è una *species* del *genus* interesse legittimo e ne rappresenta la versione dinamica. In questa prospettiva, quindi, l'interesse procedimentale non è altro che l'interesse legittimo che dialoga con il potere amministrativo nelle sue modalità di esercizio, di cui l'esempio più caratteristico è dato dalle regole procedurali. Ragionando in questi termini, l'interesse procedimentale assurge a pretesa al bene della vita autonoma, diversa rispetto a quella al bene della vita finale e autonomamente tutelabile. Si tratterebbe, in sostanza, di una sorta di bene della vita intermedio che si iscrive nell'ambito del procedimento.

Sebbene suggestiva, tale tesi non trova riscontro nel dato positivo.

Si può allora discutere se in capo al privato sussista non già un interesse legittimo ma un diritto soggettivo al rispetto delle regole procedurali, in violazione delle quali consegue una responsabilità da inadempimento *ex art. 1218 c.c.* Tale tesi è, però, facilmente smentita dall'osservazione per la quale non tutti i doveri giuridici possono essere fonte di un'obbligazione e, quindi, di responsabilità.

La soluzione più coerente con il sistema è, quindi, quella che qualifica l'interesse procedimentale in generale come interesse strumentale privo di rilevanza autonoma, salvo eccezioni. In questo senso, pertanto, l'interesse procedimentale ha ad oggetto il mero rispetto delle regole procedurali ed è tutelabile²⁵⁷ nella misura in cui si verifica una lesione dell'interesse legittimo finale. Questa teoria, del resto, trova riscontro dalla

²⁵⁵ Rientrano in tale categoria per esempio gli interessi partecipativi previsti dalla legge n. 241/1990, quali l'interesse a ricevere la comunicazione di avvio del procedimento, il preavviso di rigetto, l'interesse a presentare memorie, ecc.

²⁵⁶ M. Fratini, *cit.*, 2018, p. 140.

²⁵⁷ Per tale motivo, ad esempio, si tende ad escludere di norma l'autonoma risarcibilità dell'interesse procedimentale, perciò il privato può ottenere il risarcimento del danno se dimostra che gli spettava il bene della vita e non per la mera violazione di regole procedurali.

lettura dell'art. 21-*octies* co. 2²⁵⁸ della legge sul procedimento amministrativo, che espressamente esclude l'autonoma rilevanza dell'interesse procedimentale.

La giurisprudenza maggioritaria²⁵⁹ esclude che la pretesa al rispetto delle regole procedurali possa essere considerato un vero e proprio interesse legittimo, ritenendo che sia più corretto considerare l'interesse procedimentale come mero aspetto dell'interesse legittimo, in esso implicito. Conseguentemente, la pretesa al giusto procedimento²⁶⁰ non è una prestazione giuridicamente rilevante né autonomamente tutelabile in giudizio a prescindere dell'emanazione del provvedimento finale²⁶¹.

Un'ipotesi di interesse procedimentale disciplinato normativamente è quello che si ricava dalla disciplina della tempistica processuale e, in particolare, dal termine di conclusione del procedimento *ex art. 2 L. n. 241/1990*.

Con tale norma si individua infatti un obbligo, attraverso la previsione di un interesse procedimentale, quale quello al rispetto del termine di conclusione del procedimento, la cui violazione configura una lesione a una posizione sostanziale correlata a un bene della vita autonomo e diverso rispetto a quello finale, ovvero la certezza del tempo dell'azione amministrativa, risarcibile²⁶² per via dell'art. 2-*bis*²⁶³

²⁵⁸ Articolo 21-*octies* co. 2 Legge 7 agosto 1990, n. 241: «Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

²⁵⁹ In tale direzione si muove Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596 che, in relazione a un regolamento Consob disciplinante il procedimento sanzionatorio ed il principio del giusto procedimento, ha dichiarato inammissibile il ricorso ritenendo che nel caso di specie il ricorrente non fosse titolare di una pretesa sostanziale ma di un mero interesse procedimentale non attivabile in giudizio. La sentenza si segnala anche perché in motivazione i giudici amministrativi espressamente stabiliscono che non possono trovare ingresso nel processo amministrativo interessi meramente procedurali perché in contrasto con la tradizionale configurazione dell'interesse legittimo come pretesa a un bene sostanziale, il cui oggetto è costituito da reali beni della vita e non dalla mera osservanza delle regole procedurali da parte della p.a.

²⁶⁰ Sul tema, B. Barmann, *Dopo il caso Grande Stevens: la via italiana al giusto procedimento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2017, p. 306 ss.

²⁶¹ Così R. Chieppa, R. Giovagnoli, in *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 2018, p. 130, il quale evidenzia come la tendenza attuale sia quella alla dequotazione dell'interesse procedimentale che, salvo eccezioni, non riceve una tutela autonoma a prescindere dalla spettanza del bene della vita.

²⁶² Il risarcimento del danno da ritardo nel conseguimento del bene della vita presuppone che sia accertata la spettanza del bene e che risulti, pertanto, fondata l'istanza del privato a fronte della quale la p.a. sia rimasta inerte. Per ottenere tale tutela risarcitoria sarà il privato a dover provare in giudizio la sussistenza di tutti gli elementi previsti dall'art. 2043 c.c. che dimostrino l'intervenuta lesione.

²⁶³ Ai sensi dell'art. 2-*bis* della L. n. 241/90: «Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-*ter*, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. Fatto salvo quanto previsto dal comma 1 e ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunciarsi, l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi

della L. n. 241/1990. In questa prospettiva l'interesse procedimentale al rispetto del termine di conclusione del procedimento, a prescindere dalla spettanza del bene della vita, assurge non già a interesse strumentale ma a posizione sostanziale di diritto soggettivo²⁶⁴.

Anche l'art. 120 co. 2-*bis* c.p.a., oggetto di ampia analisi nel presente lavoro, aveva introdotto un'ulteriore ipotesi di interesse procedimentale. La norma, infatti, prevedendo un onere di impugnazione immediata della altrui ammissione ed esclusione, attribuiva valenza autonoma a un interesse procedimentale, diverso rispetto²⁶⁵ a quello finale alla aggiudicazione. L'interesse procedimentale delineato dall'art. 120 co. 2-*bis* era, infatti, quello alla corretta formazione di una platea di concorrenti attraverso il rispetto delle regole procedurali di gara. Esso esprimeva una pretesa a un bene della vita autonomo e diverso da quello finale, quale la *chance* di aggiudicazione, da considerare alla luce del rapporto inversamente proporzionale sussistente con il numero delle imprese partecipanti alla gara: più questo è inferiore tanto più cresce la *chance* di conseguire l'aggiudicazione.

dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400. In tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento».

²⁶⁴ Dal danno da ritardo (*sub. nota* 262) si distingue il danno da mero ritardo, sussistente ogniqualvolta la p.a. non provveda o provveda negativamente ma in ritardo rispetto al termine di conclusione del procedimento. Si tratta, in sostanza, di una tipologia di danno che si realizza a prescindere dalla effettiva spettanza del bene della vita oggetto del provvedimento. Proprio tale circostanza divide la giurisprudenza in ordine alla possibilità di accordare effettivamente una tutela risarcitoria per il danno da mero ritardo. Nello specifico, secondo una prima impostazione, non può riconoscersi una autonoma valenza sostanziale all'interesse al rispetto del tempo, slegato da valutazioni in ordine alla fondatezza della pretesa e all'effettiva spettanza del bene della vita richiesto con il provvedimento, qualificando così il danno da mero ritardo come interesse procedimentale non risarcibile *tout court*. Sulla base di una diversa tesi, invece, il bene tutelato dal danno da mero ritardo è la certezza temporale, quale bene autonomo e distinto dall'utilità conseguibile per il tramite del provvedimento pretensivo. In questa accezione, quindi, il bene legato al fattore tempo assume una connotazione sostanziale, legittimando in caso di violazione delle regole temporali legate all'esercizio dell'azione amministrativa una tutela risarcitoria a prescindere dall'esito favorevole o sfavorevole del provvedimento, previa dimostrazione da parte del privato del danno subito. Sulla base di una differente e condivisibile ricostruzione, peraltro avallata dalla recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria 4 maggio 2018, n. 5, il danno da mero ritardo pur configurandosi a prescindere dalla spettanza del bene della vita, non comporta la lesione di un interesse legittimo, bensì del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale, derivando da un comportamento che incide sulle scelte del privato, frustrate dal ritardo serbato dalla p.a. Si segnala, inoltre, che a fronte di un danno da mero ritardo, il legislatore ha anche introdotto una forma di indennizzo automatico *ex art. 2 co. 1-bis* della l. n. 241/1990, prevedendo al tempo stesso che in caso di concorso con il danno da ritardo le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo siano detratte dal risarcimento.

²⁶⁵ *Contra* T.a.r. Puglia - Bari, Sez. III, ordinanza 20 luglio 2018, n. 1097, secondo cui al momento dell'ammissione delle ditte in gara, la posizione delle concorrenti è neutra o meglio indifferenziata in quanto solo potenzialmente lesiva perciò il bene della vita cui aspira la concorrente in gara è solo l'aggiudicazione dell'appalto e il suo interesse a contestare l'ammissione (pur illegittima) delle altre concorrenti si concretizza solo alla fine della procedura allorquando la posizione in graduatoria cristallizzata dal provvedimento di aggiudicazione definitiva determina quel grado di differenziazione idoneo a radicare l'interesse al ricorso.

A ben vedere, tale interesse procedimentale²⁶⁶, sebbene strumentale se guardato in relazione a quello finale avente ad oggetto l'aggiudicazione, per il tramite della novella normativa era stato delineato ben distinto da esso, reso giuridicamente autonomo per scelta legislativa e come tale suscettibile di essere leso in concreto dall'adozione dei provvedimenti di ammissione/esclusione, secondo gli ordinari principi che governano il processo amministrativo²⁶⁷.

Nei predetti termini si era, del resto, espressa l'Adunanza Plenaria 26 aprile 2018 n. 4, stabilendo che con la detta prescrizione normativa il legislatore avesse voluto espressamente riconoscere autonoma rilevanza a un interesse procedimentale, quale quello legato alla corretta formazione della platea di concorrenti, riconoscendo ad esso una rapida protezione giurisdizionale. Il legislatore, in sostanza, nell'ambito della propria discrezionalità aveva conferito protezione a un interesse procedimentale dotandolo di connotazioni sostanziali, sulla scorta di quanto già previsto dall'art. 129 c.p.a. in tema di procedimento elettorale.

La caducazione del rito super accelerato determina, però, la perdita di autonomia di tale interesse procedimentale alla corretta definizione della platea dei ricorrenti che, quindi, torna a essere tutelabile solo in relazione all'interesse finale all'aggiudicazione.

Le ipotesi in cui il legislatore espressamente conferisce tutela all'interesse procedimentale attribuendogli una natura sostanziale, non introducono pertanto un principio generale²⁶⁸ costituendo, per converso, delle deroghe espresse all'opposta regola che ne preclude una tutela immediata ed autonoma.

4. Il ricorso incidentale è uno strumento processuale avente una natura ibrida, secondo alcuni di eccezione processuale, secondo altri di domanda riconvenzionale, che mira a paralizzare il ricorso principale. Nell'ambito del processo amministrativo il ricorso incidentale è disciplinato dall'art. 42 c.p.a.²⁶⁹ che espressamente ne indica la

²⁶⁶ Interesse procedimentale per l'impresa, al quale corrispondeva in capo alla stazione appaltante, il potere di valutare l'ammissibilità delle domande di partecipazione.

²⁶⁷ In tali termini G. Lo Sapio, *Rito superaccelerato e tecniche di 'giuridificazione' degli interessi* (Consiglio di Stato, sez. V, 23 marzo 2018, n. 1843), in *Urb. App.*, Ipsa, Milano, 2018, 4, p. 512, il quale attraverso la prospettiva della gara come "mercato in miniatura" evidenzia come il rito super accelerato poteva contribuire a identificare, nella sfera socio-economica, l'interesse degli operatori ad accedere a tale mercato ad armi pari e ad acquisire rapidamente "certezza" in ordine alla composizione della platea dei concorrenti.

²⁶⁸ Nelle ipotesi in cui l'interesse procedimentale non assurge a pretesa autonoma esso riveste la natura di un interesse di mero fatto che è, in linea teorica, un interesse alla legalità dell'azione amministrativa. M. Fratini, *cit.*, p. 161, evidenzia come l'interesse di mero fatto si contrapponga all'interesse legittimo che corrisponde a una posizione soggettiva qualificata e differenziata: la caratteristica dell'interesse di fatto consiste nel porsi come situazione non individualizzata rispetto a un soggetto particolare e quindi non differenziata rispetto alla posizione riferibile alla generalità dei consociati, da cui discende la mancanza di tutela giurisdizionale, salva dove prevista l'esperibilità dell'azione popolare.

²⁶⁹ Art. 42 - Ricorso incidentale e domanda riconvenzionale:

«Le parti resistenti e i controinteressati possono proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale, a mezzo di ricorso incidentale. Il ricorso si propone nel termine

funzione, ovverosia quella di tutelare una situazione giuridica di vantaggio - acquisita in conseguenza di un provvedimento amministrativo, a sua volta impugnato dal ricorrente principale - destinata a venir meno a seguito dell'accoglimento del ricorso principale. Il ricorso incidentale mira, infatti, a salvaguardare l'assetto di interessi compromesso dall'impugnazione dell'atto in via principale, neutralizzando gli effetti dell'azione principale. L'interesse perseguito con l'impugnazione incidentale è, quindi, diametralmente opposto a quello fatto valere in via principale poiché, mentre quest'ultimo è finalizzato a rimuovere un atto che si assume illegittimo, il ricorrente incidentale vuole conservare il provvedimento²⁷⁰.

La situazione classica che tradizionalmente ha interessato l'applicazione di tale strumento in materia di appalti pubblici è la seguente:

- L'impresa Alfa non aggiudicataria contesta con ricorso principale l'aggiudicazione intervenuta a favore dell'impresa Beta, sostenendone l'illegittima ammissione alla gara;
- Beta, a sua volta, propone ricorso incidentale finalizzato a paralizzare il ricorso di Alfa, ritenendo che anche costei non doveva essere ammessa alla procedura.

Questa situazione ingenerava la prassi dei ricorsi c.d. incrociati e reciprocamente escludenti per mezzo dei quali ogni ricorrente lamentava l'illegittima ammissione altrui, sulla base di un diverso interesse a ricorrere: il primo sorto dall'aggiudicazione intervenuta a favore altrui; il secondo, diverso e contrapposto rispetto a quello fatto valere con l'azione principale, derivante dalla proposizione del ricorso principale.

di sessanta giorni decorrente dalla ricevuta notificazione del ricorso principale. Per i soggetti intervenuti il termine decorre dall'effettiva conoscenza della proposizione del ricorso principale.

Il ricorso incidentale, notificato ai sensi dell'articolo 41 alle controparti personalmente o, se costituite, ai sensi dell'articolo 170 del codice di procedura civile, ha i contenuti di cui all'articolo 40 ed è depositato nei termini e secondo le modalità previste dall'articolo 45.

Le altre parti possono presentare memorie e produrre documenti nei termini e secondo le modalità previsti dall'articolo 46.

La cognizione del ricorso incidentale è attribuita al giudice competente per quello principale, salvo che la domanda introdotta con il ricorso incidentale sia devoluta alla competenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, ovvero alla competenza funzionale di un tribunale amministrativo regionale, ai sensi dell'articolo 14; in tal caso la competenza a conoscere dell'intero giudizio spetta al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, ovvero al tribunale amministrativo regionale avente competenza funzionale ai sensi dell'articolo 14.

Nelle controversie in cui si faccia questione di diritti soggettivi le domande riconvenzionali dipendenti da titoli già dedotti in giudizio sono proposte nei termini e con le modalità di cui al presente articolo».

²⁷⁰ A. Parini, *Ancora sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale: la nuova veste dell'interesse strumentale alla luce della ultima giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Giustamm.it*, 11, 2016, sottolinea le caratteristiche dell'azione, ossia: l'interesse al ricorso non preesiste all'azione principale, ma nasce solo in dipendenza della proposizione di questa; la lesione del bene della vita è solo virtuale e deriva dall'accoglimento del ricorso principale; pur trattandosi di un rimedio per definizione occasionale (perché dipende da un'altra azione), esso ha natura costitutiva e si propone con le medesime formalità del ricorso principale.

La situazione predetta giocava un ruolo peculiare nelle gare a soli due partecipanti²⁷¹, considerato che la fondatezza di entrambi i ricorsi avrebbe prodotto l'esclusione di entrambe le imprese concorrenti, pregiudicando l'esito della gara e costringendo la stazione appaltante ad indire una nuova gara. La giurisprudenza si interrogava, pertanto, su quale dovesse essere l'ordine di esame dei ricorsi e se, conseguentemente, dovessero o meno essere esaminati entrambi.

La regola relativa all'ordine di trattazione si ricava dall'art. 276 c.p.c.²⁷² e prevede la preliminare disamina delle questioni di rito e solo successivamente di quelle di merito. Tra le questioni di rito in particolare assumono rilievo i presupposti processuali e le condizioni dell'azione²⁷³, ovverosia la *legitimatio ad causam* e l'interesse al ricorso. Secondo tali coordinate esegetiche, quindi, la verifica delle condizioni dell'azione è caratterizzata da una pregiudizialità logica rispetto alle questioni di merito. In tal modo si crea una sovrapposizione tra la tematica dell'ordine di esame dei ricorsi e quella dell'ordine delle questioni.

Seguendo una regola cronologica si dovrebbe esaminare dapprima il ricorso principale e solo successivamente quello incidentale, che a sua volta trae origine da quello principale e non riveste carattere autonomo. Tuttavia, la giurisprudenza seguendo le coordinate in precedenza evidenziate, aveva iniziato a individuare una deroga a tale regola laddove l'esame del ricorso incidentale fosse volto a paralizzare l'azione principale per questioni di ordine processuale, poiché aventi priorità logica.

Sulla base di tale considerazione si erano, così, venuti a delineare due differenti impostazioni.

²⁷¹ I contributi della dottrina e i commenti in letteratura sul tema sono davvero tanti. Mi limito ad indicarne alcuni, in ordine cronologico: R. Giovagnoli, *Il ricorso incidentale e l'ordine di esame delle questioni*, Tratto dal volume R. Giovagnoli, L. Ieva, G. Pesce, "Il processo amministrativo di primo grado", Milano, Giuffrè, 2005, in *Giustamm.it*, 11, 2005; G. Ferrari, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo: principi consolidati e problematiche irrisolte*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2007, p. 1059 ss.; G. Figuera, *Appunti in tema di interesse e legittimazione al ricorso e brevi note sul ricorso principale e ricorso incidentale (*)*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2008, p. 1066 ss.; R. Caponigro, *Il rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 9, 2008; S. Cresta, *L'ordine di trattazione del ricorso incidentale c.d. paralizzante in materia di appalti pubblici nella (variegata) lettura giurisprudenziale*, in *businessius.com*, 4, 12; S. D'Ancona, *Riflessioni sul rapporto tra ricorso principale e incidentale alla luce della direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 2013, p. 33 ss.; D. Galli, C. Guccione, *Contratti pubblici: il rapporto tra ricorso principale e incidentale: l'impugnabilità del bando di gara*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12, 2013, p. 1200 ss.; C. Benetazzo, *Il ricorso incidentale: oggetto, legittimazione e ordine di esame delle questioni tra disciplina interna e principi comunitari*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1, 2014, p. 107 ss.; B. Spampinato, *Sui ricorsi "escludenti incrociati": uno sguardo "interno" e uno "europeo"*, in *Urb. App.*, Ipsoa, Milano, 5, 2016, p. 328 ss.; C. Benetazzo, *Ricorso incidentale, ordine di esame delle questioni e principio di effettività*, Giappichelli, Torino, 2016; ecc.

²⁷² L'art. 276 co. 2 c.p.c. prevede, infatti, che il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa.

²⁷³ Sulle quali *supra*, § 1.

Secondo una parte della giurisprudenza la priorità doveva essere sempre accordata all'esame del ricorso incidentale qualora volto ad accertare che l'impresa pretermessa andava esclusa dalla gara, così facendo venir meno in capo alla ricorrente principale la stessa legittimazione ad agire.

Secondo una diversa impostazione, invece, nelle gare a due soli concorrenti doveva essere parimenti garantito l'esame del ricorso principale per salvaguardare il principio di parità delle parti, compromesso laddove si fosse adottato il criterio classico, stante la simmetria delle censure portate avanti da entrambi i ricorrenti/unicamente concorrenti.

Differente era l'ipotesi in cui vi erano più partecipanti, poiché in questo caso la fondatezza di entrambi i ricorsi escludenti avvantaggiava il terzo rimasto estraneo al giudizio a favore del quale si traduceva l'aggiudicazione, rendendo superfluo l'esame del ricorso principale.

Un primo tentativo di dirimere tali contrasti è stato portato avanti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, con sentenza 10 novembre 2008 n. 11²⁷⁴, ha recepito il secondo degli orientamenti richiamati, distinguendo a seconda che in gara vi fossero due o più partecipanti. Nella prima delle suddette ipotesi, infatti, i giudici amministrativi evidenziano come l'interesse vantato dal ricorrente principale non si esaurisce nel bene finale dell'aggiudicazione, ben potendo invocarsi il c.d. interesse strumentale e secondario alla riedizione della gara. In questo caso, quindi, il giudice sarebbe tenuto ad esaminare entrambi i ricorsi.

Tuttavia, l'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria del 2008 non è stato accolto favorevolmente da quanti hanno messo in dubbio l'effettiva consistenza di un interesse a ricorrere strumentale. È questo, del resto, il terreno di scontro sul quale si sono negli ultimi tempi dibattute le Corti nazionali e quelle eurounitarie.

L'Adunanza Plenaria in seguito si è pronunciata sul tema molteplici volte.

Con sentenza 7 aprile 2011 n. 4²⁷⁵, in particolare, il supremo Consesso di Giustizia amministrativa, ribaltando il precedente del 2008 ha affermato che l'esame del ricorso incidentale è sempre prioritario anche qualora in gara vi siano solo due concorrenti e il

²⁷⁴ Come ricorda E. Mastrodomenico, *Interesse strumentale a ricorrere e par condicio contraentium: contrasti di giurisprudenza e problematiche connesse*, in *Appalti & contratti*, 2012, vol. 7, 11, p. 56, in tale occasione in relazione al rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale si disponeva che per i principi della parità delle parti e di imparzialità del giudice quando le due uniche imprese ammesse alla gara abbiano ciascuna impugnato l'atto di ammissione dell'altra, la scelta in merito all'ordine di trattazione tra appello principale e appello incidentale non può avere rilievo decisivo sull'esito della lite, pertanto la fondatezza del ricorso incidentale esaminato preliminarmente non preclude l'esame di quello principale né la fondatezza del ricorso principale esaminato preliminarmente preclude l'esame di quello incidentale, poiché entrambe le imprese sono titolari dell'interesse minore e strumentale all'indizione di una ulteriore gara. In base a tale pronuncia, quindi, il giudice, a prescindere dall'ordine di esame dei ricorsi, avrebbe dovuto in ogni caso pronunciarsi su tutti i ricorsi, al fine di garantire la tutela dell'interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara.

²⁷⁵ Per un commento approfondito della pronuncia si veda C. Lamberti, *L'Adunanza Plenaria "boccia" l'interesse strumentale*, in *Urb. App.*, Ipsoa, Milano, 6, 2011, p. 674 ss. Sull'argomento anche G. Pellegrino, *Ricorso incidentale, parità delle parti e interesse strumentale. Brevi spunti in attesa della Plenaria*, in *Giustamm.it*, 3, 2011.

ricorrente principale alleggi un interesse strumentale alla rinnovazione della procedura, salvo il caso in cui il ricorso principale sia infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile²⁷⁶.

Anche questa posizione, tuttavia, non ha registrato unanimità di consensi per cui il Tar Piemonte ha rimesso la questione alla Corte di giustizia, inaugurando un vero e proprio dialogo tra Corti.

Il punto di divergenza tra i due supremi organi giurisprudenziali è, come anticipato, la diversa ampiezza riconosciuta all'interesse a ricorrere e, conseguentemente, la diversa ricostruzione dell'ordine di esame dei ricorsi.

Nello specifico la Corte di giustizia dell'Unione europea con la c.d. sentenza *Fastweb*²⁷⁷ nel 2013, ribaltando nuovamente gli approdi raggiunti dalla Plenaria, ha ritenuto che ciascuno dei concorrenti vanta un analogo interesse all'esclusione dell'offerta altrui, sconfessando la necessità di dover procedere sempre all'esame prioritario ed eventualmente esclusivo del ricorso incidentale.

Successivamente l'Adunanza Plenaria è ritornata sul tema con le sentenze 30 gennaio 2014 n. 7 e 25 febbraio 2014 n. 9²⁷⁸, in parte ridimensionando il suo precedente

²⁷⁶ I principi di diritto espressi in quella sede sono che: l'esame del ricorso incidentale "escludente" deve assumere sempre carattere preliminare, rispetto all'esame del ricorso principale; la fondatezza del ricorso incidentale, implicando l'assenza di una posizione legittimante in capo al concorrente illegittimamente ammesso alla gara che abbia proposto il ricorso principale, determina l'improcedibilità del predetto ricorso principale, anche laddove il ricorrente principale abbia allegato l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura.

²⁷⁷ Corte di Giustizia CE - sentenza 4 luglio 2013, n.C-100/12 ha espresso i seguenti principi di diritto: «L'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio[...], deve essere interpretato nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso - con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni - tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla conformità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale. 2 Il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare». Per un commento della pronuncia si veda C. Lamberti, *Per la Corte di Giustizia l'incidentale non è più "escludente"?*, in *Urb. App.*, Ipsa, Milano, 10, 2013, p. 1003 ss.; E.M. Barbieri, *Legittimazione ed interesse a ricorrere in caso di ricorsi reciprocamente escludenti dopo una recente pronuncia comunitaria*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, vol. 23, fasc. 3/4, p. 795 ss.

²⁷⁸ In particolare, il Supremo Consesso amministrativo ha affermato in tale sede che l'obbligo dell'esame (anche) del ricorso principale, pur successivamente alla riconosciuta fondatezza del ricorso incidentale escludente, sussiste unicamente a condizione che: a) si versi all'interno del medesimo procedimento; b) gli operatori rimasti in gara siano soltanto solo due; c) il vizio che affligge le offerte sia identico per entrambe (c.d. "simmetria invalidante"). Per un commento della pronuncia si veda S. Fantini, *Ricorso*

orientamento e ammettendo la possibilità di esaminare entrambi i ricorsi solo qualora le doglianze espresse dai ricorrenti attengano alla medesima fase procedimentale. Solo in questo caso, infatti, a parere del Consiglio di Stato, assumerebbe rilievo l'interesse strumentale alla ripetizione della gara. Nelle residue ipotesi, invece, l'unico interesse tutelabile riconosciuto sarebbe quello finale all'aggiudicazione, dando prevalenza all'eccezione di carenza di legittimazione avanzata dal ricorrente principale non aggiudicatario con ricorso incidentale escludente, salvo il caso in cui il ricorso principale non risulti improcedibile, irricevibile o infondato.

Sulla questione si sono pronunciate anche le Sezioni Unite della Corte di cassazione, chiamate a valutare se il mancato esame del ricorso principale potesse integrare un'ipotesi di violazione dei limiti esterni di giurisdizione per denegata giustizia. Su tale aspetto inizialmente la Corte si è espressa in senso negativo²⁷⁹ per poi ritornare sul punto nel 2015²⁸⁰ e nel 2017²⁸¹, riconoscendo il travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione *ex art. 111, co.8 Cost.*²⁸² in caso di esame prioritario del ricorrente incidentale avverso la legittimazione ad agire del ricorrente principale.

principale e incidentale: alla ricerca dell'interesse strumentale, in *Urb. App.*, Ipsoa, Milano, 10, 2014, 1075 ss.

²⁷⁹ Cass. Civ., S. U. 21 giugno 2012 n. 10294, in *Guida al diritto*, 2012, 31, p. 39, in base alla quale: «Può insorgere una questione di giurisdizione non soltanto quando il giudice adito ritenga che la causa debba essere decisa da una diversa autorità giudiziaria, ma anche quando non esamina la richiesta di tutela che gli viene presentata nell'ambito della sua giurisdizione. La decisione dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 non ha costituito la conseguenza di un aprioristico diniego di giustizia, ma del richiamo di norme e principi processuali che, peraltro, erano stati in precedenza diversamente interpretati, conducendo al risultato di ristabilire il dovuto ordine delle cose attraverso l'esame di entrambe le censure incrociate. Ciò di cui si discute è, dunque, la bontà o meno di una nuova interpretazione ovvero di un possibile errore di diritto che non può formare oggetto di doglianza a mezzo del ricorso intentato per motivi inerenti alla giurisdizione».

²⁸⁰ Cass. civ., S. U., 6 febbraio 2015, n. 2242, in *Foro it.*, 2016, I, p. 327, per la quale: «È affetta da vizio di difetto di giurisdizione e per questo motivo va cassata la sentenza del Consiglio di Stato che, in sede di decisione su ricorso per cassazione, è riscontrata essere fondata su interpretazione delle norme incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo; accesso affermato con l'interpretazione della pertinente disposizione comunitaria elaborata dalla Corte di Giustizia».

²⁸¹ Cass. civ., S. U., 29 dicembre 2017, n. 31226, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui «Non costituiscono diniego di giurisdizione, da parte del Consiglio di Stato, gli errori in procedendo o in giudicando, ancorché riguardanti il diritto dell'Unione europea, salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tali da ridondare in denegata giustizia, e in particolare il caso, tra questi, di errore in procedendo costituito dall'applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione europea, direttamente applicabili, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di Giustizia».

²⁸² Sull'attivazione di tale rimedio e sui limiti entro i quali esso sia ammissibile, si segnala la recente pronuncia della Corte Cost., 18 gennaio 2018, n. 6 che ha ritenuto inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione nell'ambito di un giudizio *ex art. 111, comma 8, Cost.*, in cui ci si duole della interpretazione accolta dal Consiglio di Stato di una norma processuale o sostanziale che impedisce la piena conoscibilità nel merito di una domanda giudiziaria, non rientrando siffatta censura nell'ambito del sindacato sui limiti esterni della giurisdizione; ciò in quanto tra i vizi denunciabili con il predetto rimedio sono ricomprese le sole ipotesi di difetto

La Corte di giustizia, nuovamente interrogata sulla questione, si è pronunciata ripetutamente negli ultimi anni con le celebri sentenze cc.dd. Puligienica²⁸³, GesmbH²⁸⁴ e Archus²⁸⁵, ritenendo incompatibile con la disciplina eurounitaria in tema

assoluto ovvero di difetto relativo di giurisdizione mentre non sono tali le questioni attinenti al rispetto dei principi di primazia del diritto comunitario, di effettività della tutela, del giusto processo e dell'unità funzionale della giurisdizione, né il sindacato sugli *errores in procedendo* o *in iudicando*. Sul tema R. Villata, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2, 2018, p. 325 ss.

²⁸³ Corte di giustizia UE, Grande Sezione, con la sentenza 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica c. Airgests p.a. La Corte, chiarendo e sviluppando la regola stabilita dalla sentenza Fastweb, stabilisce, per quanto di interesse, che: «L'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665/CEE [...], deve essere interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente. [...]». Sul recepimento interno della pronuncia si veda L. Bertozzi, *Ordine di esame delle censure escludenti incrociate nelle controversie relative a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici: la precisazione dell'effettiva portata applicativa della c.d. sentenza Puligienica*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 4, 2016, p. 1202 ss.; E. Schneider, *Il ricorso incidentale e il rinvio pregiudiziale obbligatorio alla Corte di Giustizia UE. Il commento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2016, p. 650 ss.

²⁸⁴ Corte di giustizia UE, Sez. VIII, 21 dicembre 2016, C-355/15, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH, limitando il principio di diritto espresso dalla Puligienica ha statuito che: «L'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio [...], deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che a un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva sia negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto, allorché a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario e detto offerente sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa».

²⁸⁵ Corte di giustizia UE, Sez. VIII, 11 maggio 2017, C-131/16, Archussp. z o.o., Gama Jacek Lipik c. Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. ha espresso i seguenti principi di diritto: «1) Il principio di parità di trattamento degli operatori economici[...] deve essere interpretato nel senso che esso osta a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice inviti un offerente a presentare le dichiarazioni o i documenti la cui comunicazione era richiesta dal capitolato d'oneri e che non sono stati presentati nel termine stabilito per presentare le offerte. Tale articolo non osta, invece, a che l'amministrazione aggiudicatrice inviti un offerente a chiarire un'offerta o a rettificare un errore materiale manifesto contenuto in quest'ultima, a condizione che, tuttavia, un tale invito sia rivolto a qualsiasi offerente che si trovi nella stessa situazione, che tutti gli offerenti siano trattati in modo uguale e leale e che tale chiarimento o tale rettifica non possa essere assimilato alla presentazione di una nuova offerta, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare. 2) La direttiva 92/13/CE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, [...], deve essere interpretata nel senso che, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, in cui una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico ha dato luogo alla presentazione di due offerte e all'adozione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, di due decisioni in contemporanea recanti rispettivamente rigetto dell'offerta di uno degli offerenti e aggiudicazione dell'appalto all'altro, l'offerente escluso, che ha presentato un ricorso avverso tali due decisioni, deve poter chiedere l'esclusione dell'offerta dell'offerente aggiudicatario, in modo tale che la nozione di «un determinato appalto», ai sensi

di appalti pubblici la regola sancita dalla giurisprudenza nazionale per cui l'esame prioritario del ricorso incidentale che risulti fondato preclude la possibilità di esaminare nel merito il ricorso principale, valorizzando il principio di parità delle parti in materia processuale. La Corte di giustizia, infatti, riconosce autonomia e tutela all'interesse strumentale a prescindere dal numero dei partecipanti e dalla fase procedimentale a cui attiene il vizio dedotto in giudizio, con conseguente obbligo di esaminare entrambi i ricorsi simultaneamente e ciò poiché entrambi i ricorrenti vanterebbero una, sebbene astratta, *chance* di ripetizione della gara anche in caso di pluralità di concorrenti, non essendovi alcun obbligo per la p.a. procedente di procedere allo scorrimento della graduatoria. Un limite a questa regola è, tuttavia, evidenziato dalla Corte laddove il ricorrente sia stato definitivamente escluso dalla gara, poiché in questo specifico caso egli non ricaverebbe alcuna utilità dall'accoglimento del ricorso.

Dal canto suo la giurisprudenza interna²⁸⁶ tradizionalmente ripudia una generica rilevanza dell'interesse strumentale, affermando la necessità che il ricorrente vanti una posizione differenziata e qualificata e sconfessando la rilevanza giuridica di un interesse talmente eventuale e secondario da tradursi in un interesse di mero fatto.

5. Con l'ordinanza 11 maggio 2018 n. 6²⁸⁷, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione europea il seguente quesito interpretativo:

Se l'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della 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, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, possa essere interpretato nel senso che esso consente che allorché alla gara abbiano partecipato più imprese e le stesse non siano state evocate in giudizio (e comunque avverso le offerte di talune di queste non sia stata proposta impugnazione) sia rimessa al Giudice, in virtù dell'autonomia processuale²⁸⁸ riconosciuta agli Stati membri, la valutazione della concretezza dell'interesse dedotto con il ricorso principale da parte del concorrente destinatario di un ricorso incidentale escludente reputato fondato, utilizzando gli strumenti processuali posti a disposizione

dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13, come modificata dalla direttiva 2007/66, può, se del caso, riguardare l'eventuale avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico».

²⁸⁶ Sul punto cfr. Corte Cost., 5 ottobre 2016 n. 245, la quale ha ribadito che l'impresa partecipante alla gara non è legittimata a contestarne la relativa procedura e l'aggiudicazione in favore di imprese terze poiché non vanta una posizione soggettiva sufficientemente differenziata, riconducibile invece a un interesse di mero fatto.

²⁸⁷ Per un commento della pronuncia si veda C. Contessa, *Di nuovo alla CGUE la questione dei rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Giurisprudenza Italiana*, 6, 2018, p.1332 ss.

²⁸⁸ Il concetto di autonomia procedurale è stato elaborato dalla giurisprudenza europea che, con la nota sentenza c.d. Rewe, Corte di giustizia UE 16 dicembre 1976, Rewe-Zentralfinanz eG e Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland, C 33-76, ha affermato che: «...in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascun Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta».

dell'ordinamento, e rendendo così armonica la tutela di detta posizione soggettiva rispetto ai consolidati principi nazionali in punto di domanda di parte (art. 112 c.p.c.), prova dell'interesse affermato (art. 2697 cc), limiti soggettivi del giudicato che si forma soltanto tra le parti processuali e non può riguardare la posizione dei soggetti estranei alla lite (art. 2909 cc).

L'intervento dell'organo nomofilattico era stato richiesto dalla quinta sezione del Consiglio di Stato²⁸⁹, per risolvere il contrasto sorto nella giurisprudenza amministrativa a seguito della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea c.d. Puligienica²⁹⁰. Sul punto, infatti, si erano creati due differenti orientamenti. Secondo il primo di essi l'esame del ricorso principale (a fronte della proposizione di un ricorso incidentale "escludente") è doverosa, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, se il suo accoglimento determina come effetto conformativo un vantaggio, anche mediato e strumentale, per il ricorrente principale, sia esso anche quello al successivo riesame in via di autotutela delle offerte affette dal medesimo vizio riscontrato con la sentenza di accoglimento, "mentre resta compatibile con il diritto europeo sull'effettività della tutela *in subiecta materia* una regola nazionale che impedisce l'esame del ricorso principale nelle ipotesi in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ricavi, con assoluta certezza, alcuna utilità (neanche mediata e strumentale)"²⁹¹.

²⁸⁹ Cons. Stato, V sez., ord. 6 novembre 2017, n. 5103 ricorrendo il caso dell'art. 99 c.p.a. perché il detto punto di diritto sottoposto all'esame della Sezione ha dato luogo a contrasti giurisprudenziali, ha rimesso all'Adunanza Plenaria la seguente questione: "se, in un giudizio di impugnazione degli atti di procedura di gara ad evidenza pubblica, il giudice sia tenuto ad esaminare congiuntamente il ricorso principale e il ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicatario, anche se alla procedura abbiano preso parte altri concorrenti le cui offerte non sono state oggetto di impugnazione e verifichi che i vizi delle offerte prospettati come motivi di ricorso siano propri delle sole offerte contestate".

²⁹⁰ Nei seguenti punti controversi: Il punto 23, in base al quale "Al riguardo è d'uopo ricordare che, secondo le disposizioni dell'art. 1, par. 1, 3° comma, e 3, della menzionata direttiva, affinché i ricorsi contro le decisioni adottate dall'amministrazione aggiudicatrice possano essere considerati efficaci, devono essere accessibili per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione"; punto 28, secondo cui "L'interpretazione formulata dalla corte nella sentenza Fastweb è applicabile in un contesto come quello del procedimento principale. Da un lato, infatti, ciascuna delle parti della controversia ha un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri concorrenti. D'altro lato, come rilevato dall'avvocato generale al par. 37 delle sue conclusioni, non è escluso che una delle irregolarità che giustificano l'esclusione tanto dell'offerta dell'aggiudicatario quanto di quella dell'offerente che contesta il provvedimento di aggiudicazione dell'amministrazione aggiudicatrice vizi parimenti le altre offerte presentate nell'ambito della gara d'appalto, circostanza che potrebbe comportare la necessità per tale amministrazione di avviare una nuova procedura"; infine il punto 29, in base al quale "Il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, così come il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, sono privi di rilevanza ai fini dell'applicazione del principio giurisprudenziale che risulta dalla sentenza Fastweb".

²⁹¹ Testualmente in Cons. Stato, sez III, 26 agosto 2016, n. 3708. Secondo tale orientamento, in sostanza, la relazione tra ricorso principale e ricorso incidentale va risolta nel senso dell'esame prioritario del ricorso incidentale e di quello puramente eventuale del ricorso principale a condizione che sia verificata preventivamente la sussistenza della condizione dell'azione, intesa come concreta effettività

Secondo l'orientamento opposto, invece, il giudice non deve tener conto del numero delle imprese partecipanti (e del fatto che alcune siano rimaste fuori dal giudizio) e dei vizi prospettati come motivi di ricorso principale, poiché la domanda di tutela può essere evasa soltanto con l'esame di tutti i motivi di ricorso, sia principale sia incidentale. Secondo questa tesi, infatti, l'accoglimento del ricorso incidentale e di quello principale, non determina necessariamente l'aggiudicazione del contratto all'impresa successivamente classificata, perché la stazione appaltante potrebbe sempre ritenere opportuno, dinanzi all'esclusione delle prime classificate, riesaminare in autotutela gli atti di ammissione delle altre imprese al fine di verificare se anche queste ultime siano affette dal medesimo vizio²⁹².

L'Adunanza Plenaria così sollecitata, si è interrogata sul significato da attribuire al concetto di interesse strumentale alla ripetizione della procedura. Nel far ciò, ha esaminato una serie di ipotesi affermando la *regola iuris* che ne deriva in base ai principi consolidati. In particolare:

a) nella gara con soli due concorrenti che promuovono a vicenda ricorsi reciprocamente escludenti, è necessario esaminare ambedue i mezzi di impugnazione proposti, a prescindere dai motivi di censura ivi contenuti;

b) è necessario esaminare entrambi i ricorsi, anche in presenza di una pluralità di contendenti rimasti in gara, se il ricorso principale contiene motivi che in caso di accoglimento comporterebbero il rinnovo della procedura perché si censuri la regolarità della posizione di tutti i concorrenti collocati in posizione peggiore ovvero perché siano proposte censure avverse la *lex specialis* idonee, ove ritenute fondate, ad invalidare l'intera selezione evidenziale. Nei predetti casi viene individuata l'obbligatorietà dell'esame del ricorso principale, perché dall'accoglimento di quest'ultimo

dell'interesse a ricorrere. In sostanza, questo orientamento preclude l'esame del ricorso principale se dal suo eventuale accoglimento non può scaturire per il ricorrente un effetto proceduralmente utile. Se quell'interesse a ricorrere non sussiste, il ricorso principale va dichiarato improcedibile. Qualora, però, in gara vi siano più di due imprese partecipanti e solo due di esse siano in giudizio, la verifica della sussistenza del detto interesse strumentale impone al giudice di considerare i motivi di ricorso e valutare se i vizi prospettati dal ricorrente principale relativamente all'offerta dell'aggiudicatario siano predicabili anche per le altre offerte proposte. Qualora tale situazione si verifichi, infatti, diviene ipotizzabile una scelta in autotutela della stazione appaltante di annullare l'intera procedura e indire una nuova gara. Al suddetto indirizzo interpretativo si sono uniformate Cons. Stato, V, 27 febbraio 2017, n. 901; Cons. Stato, V, 10 aprile 2017, n. 1677; Cons. Stato, V, 12 maggio 2017, n. 2226; Cons. Stato, V, 30 giugno 2017, n. 3178.

²⁹² Cons. Stato, V, 20 luglio 2017, n. 3593 espressamente statuisce che: «[...] affinché un ricorso in materia di appalti pubblici possa essere considerato "efficace" ai sensi dell'art. 1, comma 1, della direttiva 89/665/CEE 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), il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non deve risultare preclusivo nei confronti del ricorrente principale che a sua volta contesti l'altrui offerta, "in quanto in una situazione del genere ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare"».

discenderebbe con certezza la caducazione integrale della gara e verrebbe così tutelato il subordinato interesse strumentale alla riedizione della procedura.

Il problema attiene, invece, alle diverse ipotesi in cui, essendo rimasti in gara una pluralità di contendenti:

a) i ricorsi reciprocamente escludenti non riguardino la posizione di talune delle ditte rimaste in gara in modo che, anche laddove entrambi i ricorsi (principale ed incidentale) siano scrutinati, e dichiarati fondati, rimarrebbero pur tuttavia alcune offerte non “attinte” dai vizi riscontrati;

b) al contempo, il ricorso principale non prospetti censure avverso la *lex specialis* tese ad invalidare l'intera gara e determinanti – ove accolte – la certa ripetizione della procedura.

L'Adunanza Plenaria, a questo punto, richiamando gli orientamenti contrapposti che hanno portato alla rimessione in commento, ha deciso di non aderire a nessuno di essi, evidenziando per ciascuno gli elementi di criticità²⁹³ e offrendo una soluzione innovativa facente leva sui principi processuali.

In particolare, i giudici amministrativi evidenziano come dai principi espressi dalla sentenza Puligienica deriva che nell'obbligo di esaminare il ricorso principale, a prescindere dal vizio prospettato e dal numero di imprese rimaste in gara, è racchiusa la necessità di tutelare l'interesse subordinato dell'offerente ad una ripetizione delle operazioni di gara, nella eventualità di una futura azione in autotutela da parte dell'amministrazione. Tuttavia, si rileva come in tali ipotesi l'accertamento della “comunanza del vizio” dedotto con il ricorso principale di cui si chiede l'esame, dovrebbe avvenire nei confronti di offerte presentate da imprese non evocate in giudizio; muovendo da tale constatazione, si sostiene che nel rispetto dei principi della domanda (art. 112 c.p.c.) e dell'onere della prova (art. 2697c.c.) che “governano” il processo amministrativo, spetterebbe comunque al ricorrente principale provare che i vizi siano comuni anche alle altre offerte rimaste in gara e che la ripetizione della gara rappresenti una possibilità concreta²⁹⁴.

Sulla base di tale premessa, l'Adunanza Plenaria ritiene che debba essere il giudice a valutare la concretezza dell'interesse alla riedizione della procedura azionato con il ricorso principale, ricorrendo agli istituti processuali del codice del processo amministrativo per consentire in tali ipotesi l'instaurazione del contraddittorio con le offerenti rimaste in gara e non evocate, in applicazione del principio di cui all'art. 2909 c.c. sui limiti soggettivi del giudicato, che si forma soltanto tra le parti processuali e, insieme, «per rendere effettiva e non ipotetica (in quanto rimessa alla discrezionalità

²⁹³ Cfr. punto 13.5. ss. dell'ordinanza dell'Adunanza Plenaria 11 maggio 2018 n. 6.

²⁹⁴ Ad esempio, come sottolinea la pronuncia in commento, provando la sussistenza di motivi di esclusione identici a quelli contestati all'aggiudicatario, ovvero il dichiarato disinteresse allo scorrimento della graduatoria in capo alle ditte rimaste in gara, ovvero ancora l'impossibilità di ulteriore scorrimento, ovvero la dichiarazione dell'amministrazione della volontà di non assegnare l'appalto a concorrenti rimasti in gara per ragioni di non convenienza economica.

della stazione appaltante) l'evenienza della ripetizione della gara ove le censure contenute nel ricorso principale fossero reputate fondate e, soprattutto, fossero comuni alle offerenti rimaste in gara e potenziali beneficiarie nello scorrimento della graduatoria».

A tale conclusione l'Adunanza Plenaria giunge, quindi, evidenziando come sussista autonomia processuale²⁹⁵ degli Stati membri, nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività della tutela. Per effetto dei suddetti principi, i giudici amministrativi ritengono di riconoscere tutela all'interesse strumentale al rinnovo della gara nella misura in cui tale interesse sia attuale, concreto e non meramente eventuale, in conformità ai principi processuali interni in tema di domanda di parte²⁹⁶, dell'onere della prova²⁹⁷ e dei limiti soggettivi del giudicato²⁹⁸ e ciò può avvenire rimettendo al giudice, e non alla pubblica amministrazione, la valutazione della concretezza dell'interesse dedotto con il ricorso principale da parte del concorrente a sua volta destinatario di un ricorso incidentale escludente fondato. Nel sollevare la questione di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, l'Adunanza Plenaria evidenzia, inoltre, come questa soluzione sembra coniugarsi perfettamente con i recenti approdi dell'organo di giustizia sovranazionale, in ogni caso finalizzati a tutelare un interesse di parte e mai solo il rispetto formale delle regole svincolato da alcun interesse²⁹⁹.

6. Sebbene fosse persuasiva la soluzione prospettata dalla giurisprudenza interna, nel tentativo di superare l'*impasse* che oramai da un decennio caratterizza tale tematica, la Corte di giustizia, tornando a pronunciarsi sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, ha dimostrato di voler perseverare nella linea interpretativa intrapresa da

²⁹⁵ Secondo il disposto normativo di cui all'art. 5 TFUE, infatti, «La Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente Trattato» in virtù del principio di attribuzione, quindi, l'azione europea è legittima solo ove le competenze siano espressamente attribuite ovvero se le medesime si possono desumere in modo implicito dalle disposizioni normative. Come evidenzia A. Amore, *Il ricorso all'istituto dell'autonomia processuale in materia di rapporto tra ricorso incidentale e principale: "scacco al re", alla Corte di Giustizia Europea?*, in *Foro Amministrativo* (II), 7, 2018, p. 1395 ss., da tale principio consegue, che stante l'assenza di un'espressa previsione normativa e di una disposizione che implicitamente conferisce all'Ue competenza in materia procedurale, spetta allo Stato in virtù dell'autonomia processuale riconoscergli valutare quale interesse in concreto sia meritevole di tutela, in ipotesi di procedure di gara a cui abbiano partecipato più imprese e le stesse non siano state evocate in giudizio.

²⁹⁶ Ex art. 112 c.p.c. in base al quale il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa, e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti

²⁹⁷ In base all'art 2967 c.c., infatti, chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Analogamente, chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda.

²⁹⁸ Sulla base della regola stabilita dall'art. 2909 c.c. per la quale l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa.

²⁹⁹ Ad esempio, come si è avuto modo di approfondire nei precedenti capitoli, riconoscendo la legittimazione a impugnare il bando di gara solo a chi abbia presentato un'offerta (salvo eccezioni) o non ammettendo l'immediata impugnazione delle clausole del bando di gara che stabiliscono i criteri di aggiudicazione.

Fastweb/Pulgienica ribadendo la necessità che venga sempre esaminato anche il ricorso principale.

Più precisamente, con sentenza 5 settembre 2019 resa nella causa C-333/18, la X Sezione della Corte di giustizia ha espresso il seguente principio di diritto:

L'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della 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, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi.

Con una motivazione decisamente riduttiva la Corte, quindi, ha preso le distanze dalla soluzione prospettata dai giudici interni, continuando ad affermare la necessità di un esame congiunto dei ricorsi, considerati in linea di principio equivalenti. Secondo la Corte, quindi, se a seguito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico due offerenti presentano ricorsi intesi alla reciproca esclusione, ciascuno di essi ha interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e ciò può avvenire sia attraverso l'aggiudicazione stessa sia (come nell'ipotesi di un'esclusione di tutti gli offerenti) mediante l'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, in cui ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi e ottenere indirettamente l'appalto. Da ciò deriva che ciascuno dei concorrenti può far valere un legittimo interesse equivalente all'esclusione dell'offerta altrui, rendendo eventualmente impossibile per l'amministrazione aggiudicatrice procedere alla scelta di un'offerta regolare.

Tale principio risulta applicabile anche quando vi siano altri offerenti in gara e i ricorsi intesi alla reciproca esclusione non riguardino siffatte offerte classificate successivamente ai soggetti promotori dei suddetti ricorsi³⁰⁰. La Corte di giustizia,

³⁰⁰ Si legge testualmente nella pronuncia, infatti, che l'offerente che si sia classificato in terza posizione e che abbia proposto il ricorso principale, deve vedersi riconoscere un legittimo interesse all'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario e dell'offerente collocato in seconda posizione, in quanto non si può escludere che, anche se la sua offerta fosse giudicata irregolare, l'amministrazione aggiudicatrice sia indotta a constatare l'impossibilità di scegliere un'altra offerta regolare e proceda di conseguenza all'organizzazione di una nuova procedura di gara. In particolare, qualora il ricorso dell'offerente non prescelto fosse giudicato fondato, l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe prendere la decisione di annullare la procedura e di avviare una nuova procedura di affidamento a motivo del fatto che le restanti offerte regolari non corrispondono sufficientemente alle attese dell'amministrazione stessa.

inoltre, esclude che la ricevibilità del ricorso principale possa essere subordinata alla previa constatazione che tutte le offerte classificate alle spalle di quella del ricorrente siano irregolari, né tantomeno alla condizione che si fornisca la prova - effettivamente difficile - del fatto che l'amministrazione aggiudicatrice sarà indotta a ripetere la procedura di affidamento di appalto pubblico. Gravare il ricorrente principale di tale onere significherebbe, del resto, probabilmente rendere di fatto molto più difficile l'esame (anche) del ricorso principale quando in gara vi siano più di due offerenti.

Non sussistono impedimenti neppure dal mancato intervento in giudizio delle altre imprese perché non assumono rilievo il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico, né quello dei ricorrenti, né l'eterogeneità dei motivi dedotti.

Con riguardo all'elemento centrale della motivazione dell'Adunanza Plenaria, ovverosia quello inerente all'autonomia processuale degli Stati membri, la Corte si limita a precisare che tale principio non può consentire l'applicazione di disposizioni di diritto interno che rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, ribadendo che un offerente che abbia proposto un ricorso non può, sulla base di norme o di prassi procedurali nazionali, essere privato del suo diritto all'esame nel merito di tale ricorso.

La decisione della Corte sebbene prevedibile, considerato che l'accoglimento della diversa opzione interpretativa avrebbe dato avvio a nuovi contrasti andando a discapito anche degli interessi economici sottesi alle procedure, continua a destare perplessità.

È evidente che non è possibile sperare in una conciliazione, per cui o si sceglie di far prevalere il concetto di autonomia procedurale³⁰¹ degli Stati membri, quale corollario del principio di attribuzione che regge i rapporti tra ordinamento nazionale ed europeo in un'ottica di leale collaborazione, o si decide di conformarsi agli indirizzi della Corte di giustizia. Nella prima ipotesi, l'ultima spiaggia da considerare è quella di azionare la teoria dei controlimiti per rivendicare³⁰² l'autonomia negata, ma allo stato attuale appare poco verosimile confidare in un esito simile a quello raggiunto con la

³⁰¹ C. Lamberti, *La Corte di Giustizia promuove l'interesse strumentale e il suo ruolo d'interprete (unica) del diritto europeo*, in *Urb. App.*, Ipsoa, Milano, 10, 2016, p. 1091, ricorda come in virtù di una limitazione della giurisdizione della Corte di giustizia sull'interpretazione dei diritti processuali nazionali, la strutturazione e la gestione dei processi nazionali è riservata ai singoli Stati e le questioni interpretative delle relative disposizioni sarebbero sottratte alla sua competenza, salvo soltanto il caso in cui la norma processuale nazionale comporti l'impossibilità o l'estrema difficoltà di tutelare diritti eurounitari.

³⁰² A questa soluzione sembra aderire G. Tropea, *Diritto alla sicurezza giuridica nel dialogo 'interno' ed 'esterno' tra corti*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2018, 4, p. 1244 ss., in virtù della centralità del giudicato, come principio di stampo costituzionale, e della certezza del diritto come diritto umano fondamentale che fa parte della 'struttura' dell'ordinamento, auspicando che il dialogo fra le Corti non finisca per determinare un'evidente eterogeneità dei fini rispetto all'obiettivo ultimo della nomofilachia: la certezza del diritto, valore centrale, anche nello Stato costituzionale di diritto.

nota vicenda Taricco³⁰³, anche in ragione della diversa e meno solida base su cui si regge l'intero impianto giuridico.

I termini della questione, cioè, continuano a ridursi al binomio/scontro tra effettività della tutela e certezza del diritto, all'interno di un rapporto che prevede il sacrificio di uno per la salvezza dell'altro. Ma è davvero questa l'unica prospettiva ammissibile?

Io credo che forse sia arrivato il momento di non guardare più a questa relazione in termini antinomici ma di accettare l'idea che l'uno non escluda necessariamente l'altro e che, anzi, possano essere letti congiuntamente in un'ottica di favore per i concorrenti.

Del resto, anche accettando la tesi che rinnega un interesse processuale basato su di un'attività amministrativa solo eventuale - perché è rimessa alla discrezionalità della p.a. la scelta di riesaminare o meno le offerte rimaste estranee al processo e quindi, nel caso, constatare l'impossibilità di aggiudicare e rinnovare la gara - è facile constatare come vi sia solo un modo per dimostrare la sussistenza di questo interesse, ovvero ottenere una sentenza che segni il passaggio dalla mera eventualità a un vero e proprio vincolo giuridico³⁰⁴.

Se non è attraverso l'attività esegetica che si può risolvere il problema, è possibile provare a immaginare diversamente i termini della questione, per esempio imponendo in capo alle pp. aa. e agli offerenti regole più precise che consentano una più netta definizione delle fasi di gara, incidendo conseguentemente sul contenzioso. Questo, del resto, era il senso del tanto contestato esperimento normativo introdotto con l'art. 120 co. 2-bis e non è un caso che la Corte di giustizia lo abbia ritenuto perfettamente conforme ai principi sovranazionali. La ritrosia dell'ordinamento interno ha avuto temporaneamente la meglio ma non è da escludere che il legislatore possa tornare sul punto, ridefinendo con più accuratezza la disciplina, magari con un adeguamento più graduale. Non si può negare, difatti, che i tempi stanno cambiando e che nel settore degli appalti pubblici la presenza dell'ordinamento europeo è sempre più invadente.

³⁰³ Tale vicenda, avente ad oggetto le frodi fiscali, ha visto susseguirsi nell'ordine: GUP Tribunale di Cuneo, ordinanza 17 gennaio 2014, Corte di giustizia (grande sezione), 8 settembre 2015 (in causa C-105/14), Corte cost., ordinanza 26 gennaio 2017 n. 24, Corte di giustizia (Grande sezione), 5 dicembre 2017, nella causa C-42/17 e, infine, Corte cost. 10 aprile 2018, n. 115. Non essendo la sede opportuna per approfondire il tema, qui richiamato solo perché esempio tangibile dell'applicazione pratica della teoria dei controlimiti, si rimanda a G. Di Federico, *La 'saga Taricco': il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in *Federalismi.it*, 11, 2018; C. Cupelli, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *Dir. pen. contemp.*, 4 giugno 2018.

³⁰⁴ In tali termini A. Squazzoni, *Morire per il ricorso incidentale paralizzante?*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1, 2018, p. 442 ss., il quale evidenzia altresì che nella doverosa scansione rito-merito non vi è un ricorso escludente che possa dirsi di ordine prioritario sull'altro, perciò l'esame di entrambi si impone per ragioni squisitamente e schiettamente processuali. In questo modo si tratta di comprendere che non si tratta di dare azione a difesa di un interesse dai connotati evanescenti, quanto di doverosa applicazione di una regola di mero governo del giudizio, essendo la doverosità di esame la semplice conseguenza dell'impossibilità di istituire un ordine di vaglio tra impugnazioni escludenti incrociate.

Si tratta, allora, di comprendere che accogliere i principi espressi dalla Corte di giustizia, inamovibile sul punto, non vuol dire scardinare³⁰⁵ i tradizionali istituti processuali o, ancora peggio riscriverli, ma semplicemente rileggerli in una diversa prospettiva.

Recepire la *regola iuris* che impone un'equiordinazione dei ricorsi non vuol dire, in ogni caso, neppure mettere in crisi il modello di giurisdizione di stampo c.d. soggettivo ma semplicemente recepire l'assenza di un ordine di esame delle questioni normativamente e tassativamente predeterminato e coniugarlo con il fondamentale principio di parità delle parti e di imparzialità del giudice.

Del resto credo che questa, alla luce dell'ennesima pronuncia della Corte di giustizia, sia una scelta obbligata nonché l'unica che effettivamente consenta di porre un freno a questa continua saga, ponendo ad essa finalmente fine e contribuendo così indirettamente a restituire un po' di certezza sul tema, a vantaggio delle pubbliche amministrazioni, delle imprese e dell'intera macchina processuale. Anche in questo caso, però, bisognerà aver cura di recepire con attenzione i principi espressi dalla Corte di giustizia per evitare che i principi di effettività e meritevolezza della tutela possano essere strumentalizzati a danno del divieto di abuso del processo.

Per quanti, invece, rivendicano una maggiore cogenza del ruolo della nomofilachia³⁰⁶, sempre più soccombente dinanzi alla prevalenza tendenziale dei *dicta* della Corte di giustizia dell'Unione europea, mi limito a segnalare che il problema deve essere affrontato sul piano delle fonti del diritto e, ancora prima, su quello dei rapporti tra Stati membri e Unione europea. Altra e diversa questione è se ciò sia davvero necessario in uno Stato che, perlomeno da un punto di vista di interpretazione del diritto, brilla per le sue indiscutibili competenze, ma questa non è la sede opportuna per approfondire l'argomento.

³⁰⁵ Come sottolinea M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Omessa pronuncia ed effettività della tutela del ricorrente principale*, Relazione al Convegno "Giornate di studio sulla giustizia amministrativa – Omessa pronuncia ed errore di diritto nel processo amministrativo" Castello di Modanella, Rapolano Terme, Siena, 24 e 25 maggio 2019, Milano 2019, infatti, anche a prescindere dalla soluzione adottata dalla Corte di giustizia, sulla base dei principi processuali interni non potrà essere rimessa in gioco la declaratoria d'improcedibilità del ricorso principale per difetto d'interesse a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale qualora, ad esempio, il giudice di prime cure pretermetta l'analisi del ricorso principale - ritenendo fondato quello incidentale analizzato per primo - e in sede di appello non si proponga un preciso motivo di gravame attinente l'*error in procedendo* del giudice di primo grado (nella parte in cui aveva negato la valutazione del ricorso principale a seguito dell'accoglimento di quello incidentale escludente esaminato in via prioritaria ed esclusiva), perché in assenza di tale preciso motivo di gravame negli atti di appello, la sentenza di primo grado risulterebbe ormai passata in giudicato.

³⁰⁶ Per un'indagine sul ruolo della magistratura amministrativa, G. Tropea, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 3, 2018, p. 889 ss.

Capitolo quinto

IL PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA TRA ESIGENZE DI CELERITÀ E GARANZIE INDIVIDUALI

SOMMARIO: 1. Giurisdizione soggettiva e giurisdizione oggettiva. - 2. Effettività della tutela e giusto processo. - 3. Quale effettività? Osservazioni conclusive. - 4. *Post-scriptum*: gestione dell'emergenza epidemiologica e garanzie individuali.

1. Nell'ambito del dibattito sull'ampiezza della legittimazione a ricorrere in giudizio e dell'interesse al ricorso, del quale si è dato conto nei precedenti capitoli, si è proposta una rimeditazione della natura stessa della giurisdizione. In realtà, la questione involge una molteplicità di ipotesi³⁰⁷ eterogenee sulle quali da tempo il dibattito dottrinario ferve sui temi più disparati. Si fa riferimento, ad esempio, alla tutela delle posizioni dei terzi rispetto al provvedimento amministrativo oggetto di controversia, alla legittimazione delle associazioni sorte per la tutela degli interessi diffusi e collettivi, nonché a tutte quelle ipotesi, anche di recente conio, che attribuiscono a determinati soggetti il potere di adire³⁰⁸ il giudice amministrativo a prescindere dalla titolarità di una posizione giuridica soggettiva sostanziale.

Rientrano in quest'ultima ipotesi alcune recenti disposizioni legislative che hanno introdotto nel nostro ordinamento fattispecie di legittimazione *ex lege* alla proposizione del ricorso avanti al giudice amministrativo: il ricorso per l'efficienza della pubblica amministrazione di cui al D.lgs. n. 198/2009³⁰⁹; l'art. 21-*bis* della Legge 10 ottobre 1990, n. 287³¹⁰, che legittima l'AGCM a ricorrere in giudizio per impugnare gli atti

³⁰⁷ V. Cerulli Irelli, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2, 2014, p. 343, riconosce la sussistenza di una molteplicità di ipotesi, previste in via normativa e giurisprudenziale «che nel loro insieme, sia pure con diverse gradazioni, conferiscono al giudice amministrativo un secondo ruolo, accanto a quello della tutela di interessi individuali a fronte dell'esercizio del potere (come da ultimo puntualmente ribadito dall'art. 7, c.p.a.), quello cioè della tutela di interessi generali, senz'altro di carattere pubblico, ovvero collettivo, promossa per iniziativa di soggetti pubblici o collettivi, portatori di questi interessi. In questi casi, la legittimazione ad agire nel processo amministrativo, acquista carattere "oggettivo", laddove l'azione è promossa non a tutela di interessi soggettivi ma di interessi generali (pubblici in senso proprio perché pertinenti a tutta la collettività e come tali riconosciuti dall'ordinamento che ne attribuisce istituzionalmente la cura a organi e soggetti pubblici)».

³⁰⁸ In questa categoria è possibile ricomprendere le fattispecie di legittimazione *ex lege* di autorità pubbliche, di autorità private, degli enti territoriali e, infine, le azioni popolari.

³⁰⁹ Con la *class action* pubblica, infatti, il privato può agire anche a tutela di un interesse comune a tutti i cittadini per la realizzazione dell'interesse pubblico generale, in deroga al principio generale.

³¹⁰ Su tale norma si è espressa la Corte costituzionale che, con sentenza 14 febbraio 2013, n. 20, ha escluso che sia stato introdotto un nuovo e generalizzato controllo di legittimità da parte di un'autorità statale ritenendo al contrario che esso sia «certamente non generalizzato, perché operante soltanto in ordine agli atti amministrativi che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato che si attua in una prima fase a carattere consultivo e in una seconda (eventuale) fase di impugnativa in sede

amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica in contrasto con le norme sulla concorrenza; l'art. 211 codice dei contratti pubblici³¹¹, che ha introdotto un potere di legittimazione straordinaria in capo all'ANAC per l'impugnazione dei bandi di gara, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Nello specifico, la legittimazione al ricorso conferita all'AGCM e all'ANAC ha rimesso in discussione³¹² la possibilità di istituire una sorta di p.m. speciale presso il giudice amministrativo, generalizzando tale figura³¹³.

giurisdizionale, qualora la pubblica amministrazione non si conformi al parere stesso». Sul tema si veda F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Federalismi.it*, 12, 2012; 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 *Giustamm.*, 2012.

³¹¹ Le argomentazioni spese dalla Consulta con riguardo al potere dell'AGCM, sono senz'altro estendibili al nuovo potere previsto dall'art. 211 D.lgs. n. 50/2016 in capo all'ANAC. In tal senso si è espressa la Commissione speciale del Consiglio di Stato nel parere del 26 aprile 2018 n. 1119 così precisando: «Tali conclusioni, che ben si attagliano anche allo specifico potere di azione ora riconosciuto all'Autorità, rendono manifesto che si è in presenza di un peculiare strumento di vigilanza collaborativa (con le stazioni appaltanti) che si coniuga con i più generali poteri di vigilanza e controllo (delineati dall'art. 213 del Codice) per assicurare - quanto più possibile - il pieno ed effettivo rispetto dei principi su cui sono imperniati gli appalti pubblici: se ciò risulta di pregnante evidenza quanto alla previsione di cui all'art. 211, comma 1-ter (laddove, per un verso, il parere motivato si atteggia quale presupposto sollecitatorio di un eccezionale esercizio del potere di autotutela da parte della stazione appaltante e, per altro verso, il ricorso al giudice da parte dell'Autorità è da considerare come l'*extrema ratio* a tutela dell'interesse pubblico e per sanare la divergenza tra due soggetti pubblici, l'autorità e la stazione appaltante), ad identiche conclusioni può giungersi anche con riferimento alla previsione di cui al comma 1-bis, non potendo escludersi che (fermo quanto si dirà oltre circa l'unicità o la duplicità del potere di azione di cui si discute) anche il ricorso diretto, sia pur con una modalità più incisiva di quello mediato con il parere motivato, costituisca una forma di vigilanza collaborativa ai fini della tutela dell'interesse pubblico alla legittimità ed alla legalità dell'azione amministrativa in materia di procedure relative all'affidamento di contratti pubblici, che si ritiene violata. Sotto altro concorrente profilo non sembra potersi ragionevolmente negare che il potere di cui si discute, anche per la sua collocazione sistematica abbia finalità *latu sensu* deflattive del contenzioso, in particolare con riguardo alla previsione di cui al comma 1-ter.».

³¹² Come ricorda R. Chieppa, R. Giovagnoli, *cit.*, 2018, p. 145, tale questione si era imposta a seguito della nota vicenda Tangentopoli con lo scopo di istituire una figura che avrebbe avuto una sorta di funzione sociale a tutela dell'interesse generale, volta a garantire il corretto esercizio del potere pubblico. Il fondamento costituzionale di tale proposta era rinvenuto nell'art. 108 laddove si impone che la legge assicuri l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali e del pubblico ministero presso di esse.

³¹³ N. Durante, *Riflessioni sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti, alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 13/2019*, Intervento al convegno sul tema "La tutela dei diritti tra giurisdizione e Autorità indipendenti", Università di Catanzaro 28 giugno 2019, ritiene che anche a prescindere da specifiche disposizioni di legge, ciascuna autorità indipendente, nella misura in cui è attributaria della cura di interessi pubblici è, in relazione ad essi, anche titolare del potere di azionare la tutela giurisdizionale. In tal modo, le disposizioni che regolano l'iniziativa processuale di alcune autorità rivestirebbero portata non ampliativa ma ricognitiva della generale facoltà di accesso alla giustizia, a

Come premesso, tali disposizioni hanno riaperto il dibattito, mai definitivamente sopito, relativo alla struttura del processo amministrativo generale³¹⁴.

Nell'indagare la questione circa la natura soggettiva od oggettiva della giurisdizione attivata in seguito ai ricorsi esperiti in base a queste previsioni, ci si è più che altro interrogati sulla compatibilità e coerenza di una giurisdizione oggettiva nell'attuale sistema normativo.

Tradizionalmente il nostro era ritenuto un sistema a giurisdizione oggettiva. Ciò era dovuto principalmente alla confusa concezione di interesse legittimo, tutelato in quanto interesse occasionalmente protetto e spesso coincidente con la legalità dell'azione. Secondo tale ricostruzione, cioè, la giurisdizione era protesa alla tutela della legittimità dell'azione amministrativa e solo indirettamente delle posizioni giuridiche soggettive.

Il progressivo affermarsi della tesi sostanziale e normativa dell'interesse legittimo, quale posizione soggettiva autonomamente tutelabile e riconosciuta anche dalla Carta costituzionale, ha avuto come naturale conseguenza l'accentuazione dei caratteri di diritto soggettivo della giurisdizione amministrativa, con il definitivo accoglimento di tale modello processuale poiché l'unico compatibile con il sistema costituzionale³¹⁵. Inoltre, è proprio sul modello della giurisdizione soggettiva che si è costruito il sistema della giustizia amministrativa, a sua volta derivante dalla scelta di riempire uno spazio in cui era assente la possibilità di tutela dei privati nei confronti della pubblica amministrazione³¹⁶. Sicché i termini della questione si ribaltano, attraverso il riconoscimento di un modello di giurisdizione improntato in via generale alla tutela delle posizioni soggettive, da cui in via indiretta possono essere ricavati benefici per la legalità dell'azione amministrativa.

tutela degli interessi affidati, attribuita a tutte le pubbliche amministrazioni, incluse le autorità indipendenti.

³¹⁴ Il problema ruota attorno alla collocazione della giurisdizione del giudice amministrativo nell'ambito dei sistemi c.d. di diritto oggettivo o invece dei sistemi di diritto soggettivo. Nella prima tipologia rientra il giudizio penale e quello costituzionale, entrambi ontologicamente preposti alla principale difesa dell'interesse pubblico e al rispetto della legalità. Il giudizio civile è, per converso, incentrato sulla tutela di interessi particolari per cui assume una connotazione soggettivistica. Su tale qualificazione C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Giappichelli, Torino, 2010, II, p. 175 e ss., specialmente pp. 186 e 194, sui processi civili a contenuto oggettivo. Senza tempo sono, poi, le trattazioni di P. Calamandrei, *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, p. 22 e ss.; G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, III ed. 1923, rist. anast., Jovene, Napoli, 1965, in particolare p. 158.

³¹⁵ Secondo la dottrina maggioritaria, infatti, la Costituzione imporrebbe per il processo amministrativo una configurazione inderogabilmente soggettiva. Tale lettura deriverebbe dall'analisi degli articoli 24, 103 e 113, nonché, secondo una diversa argomentazione, dall'abrogazione degli articoli 125, primo comma, e 130. In senso contrario, M. Silvestri, *I frammenti di una giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo*, in *Giustamm.*, 5, 2015, che offre di tali norme una diversa chiave di lettura, ossia quella di limite minimo di tutela che l'ordinamento deve apprestare alle situazioni giuridiche sostanziali di tutti i soggetti che di esso fanno parte, e non già di limite massimo, così sancendo la compatibilità con il dettato costituzionale di forme di giurisdizione oggettiva.

³¹⁶ In questi termini R. Chieppa, R. Giovagnoli, *cit.*, p. 1206.

Anticipando le conclusioni, già nel primo capitolo del presente lavoro si è evidenziato come, ad avviso di chi scrive, sia necessario superare la distinzione tradizionalmente proposta tra giurisdizione soggettiva e giurisdizione oggettiva, alla luce di un modello di giurisdizione unico e onnicomprensivo³¹⁷.

Anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato si è spesso espressa in tali termini ritenendo che, se generalmente la legittimazione ad agire è collegata alla titolarità di una posizione giuridica soggettiva sostanziale sono, tuttavia, ammissibili previsioni legali di legittimazione svincolate da detta titolarità³¹⁸, che fungano da strumento di tutela di interessi generali.

L'assunto, tuttavia, non intacca la natura della giurisdizione che è e resta di tipo soggettivo, protesa all'accertamento della fondatezza delle pretese sostanziali di parte. In questo senso, appare anacronistica la tesi che inneggia ad un attentato al modello di giurisdizione soggettiva poiché è la stessa legge che ha espressamente codificato un modello di giurisdizione di tipo soggettivo, fortemente ispirato al modello del giudizio civile, per il tramite del codice del processo amministrativo³¹⁹, sulla base del quale sono conseguentemente impostati alcuni istituti processuali³²⁰.

Al tempo stesso, è sempre la legge che continua a manifestare il suo consenso all'introduzione di posizioni soggettive intrinsecamente strumentali o a legittimazioni *ex lege*, con il precipuo scopo non di limitare la tutela ma, al contrario, di rafforzarla.

Non si tratta, in sostanza, di una regressione a tendenziali interpretazioni oggettivistiche del processo che impongono la tutela incondizionata di interessi astratti al mero rispetto delle regole, oggi (senz'altro più di ieri) incompatibili con

³¹⁷ In questo senso, S. Cassarino, *Attuali problemi del processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1994, VII, pp. 1991-1993 secondo il quale: «il processo amministrativo non è soltanto un processo di tipo soggettivo, un “processo di parti”, ma anche, al contempo, un processo di tipo oggettivo, e pertanto *sui generis*, di natura mista».

³¹⁸ La costante elaborazione giurisprudenziale afferma che: «in materia di legittimazione ad agire la regola fondamentale è quella sancita dall'art. 81 c.p.c., secondo cui per agire in giudizio bisogna essere portatori di un interesse personale proprio, salvi i casi in cui la legge espressamente preveda la legittimazione a difendere interessi altrui o collettivi o generali». Cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2009, n. 4134; Cons. Stato, sez. V, 6 febbraio 2007, n. 476.

³¹⁹ A titolo esemplificativo si consideri la configurazione ordinaria delle condizioni dell'azione (imperniata intorno alla titolarità di un interesse legittimo o di un diritto soggettivo), l'accoglimento del principio dispositivo, anche in ordine alla formazione della prova, la possibilità di rinunciare al ricorso impedendo al giudice di pronunciarsi su di esso, ecc. Per un'indagine sulla letteratura in tema di giustizia amministrativa a dieci anni dall'introduzione del c.p.a., si veda A. Cassatella, *Giustizia amministrativa: scritti recenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2019.

³²⁰ Si pensi, fra tutti, al problema legato all'ordine di graduazione dei motivi, risolto dalla celebre pronuncia dell'Adunanza Plenaria 27 aprile 2015, n.5, con cui si è stabilito che nei processi caratterizzati dalla parità delle parti e dal principio dispositivo, l'ordine dei motivi vincoli il giudice, poiché rispondente all'effettivo interesse vantato dalle parti in ordine alla risoluzione della controversia salvo l'ipotesi delineata dall'art. 34 co. 2. La graduazione dei motivi diventa, in tal senso, un limite al dovere del giudice di pronunciarsi su di essi, a prescindere da un ordine logico-giuridico, salvo il caso in cui il ricorrente non provveda autonomamente ad essa. L'assenza della graduazione comporta, infatti, in questo caso la riesplorazione dei poteri del giudice in relazione alla consistenza oggettiva delle censure, da valutare secondo un principio di priorità logico-giuridica.

l'ordinamento, bensì di riconoscere che alla base della previsione di ipotesi di controllo giurisdizionale di legalità dell'agire delle pubbliche amministrazioni vi sia, in realtà, la principale finalità di aumentare le garanzie dei singoli. La giustizia amministrativa non ha, in questa prospettiva, il compito di ripristinare la legalità in senso assoluto, ma quello di tutelare situazioni giuridiche soggettive qualificate³²¹.

Per di più, come è noto, il nostro ordinamento è improntato al principio di legalità³²², quale canone ermeneutico e ancora prima assiologico, su cui si regge l'intero sistema in ogni sua branca, perciò è sulla scorta del suddetto principio che va effettuata ogni valutazione di compatibilità.

Questo, tuttavia, non significa rendere oggettiva la giurisdizione ma, al contrario, rafforzare l'effettività di quella soggettiva. Il raggiungimento di questo obiettivo passa inevitabilmente per le decisioni della giurisprudenza³²³, quale strumento che consente agli amministrati di rivolgersi a un giudice terzo e imparziale e di "assicurare la giustizia nell'amministrazione", secondo quanto stabilisce l'art. 100 Cost.

Come si è visto, il problema si è posto anche con riguardo allo speculare dibattito della frammentazione dell'interesse a ricorrere in ordine ai rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale, a tendenza oggettivizzante. In questo caso, appunto, è la giurisprudenza della Corte di giustizia³²⁴ che ha imposto una lettura più ampia delle condizioni dell'azione, da ultimo con la pronuncia 5 settembre 2019 resa nella causa C-333/18³²⁵.

Sicché appare opportuno stabilire quale sia l'approccio che più efficacemente consenta la tutela delle posizioni individuali, tutela che può dirsi realmente effettiva solo nella misura in cui riesca ad assicurare alle situazioni soggettive dedotte in giudizio tutto ciò che ad esse corrisponde sul piano sostanziale³²⁶ ed è, forse, questa la giusta

³²¹ Cons. Stato, sez. III, 27 settembre 2012, n. 5111.

³²² E questo dovrebbe indurre il legislatore ad intervenire spesso in modo più appropriato, in modo da evitare che sia la giurisprudenza a dover fornire regole che la legge non ha saputo o voluto fissare in via preventiva. Sul tema della crisi della legge, M.A. Sandulli, *Profili soggettivi ed oggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, in *Federalismi.it*, 3, 2017, p. 5, che evidenzia come l'assenza di parametri definiti in via normativa, autorizzi la giurisprudenza a stabilire le regole di azione, con tutte le incertezze che derivano da un principio formulato *ex post* per il caso concreto, magari contraddetto da un'altra sentenza, non sempre adeguatamente motivata e/o rilevante il contrasto. Con la conseguenza di un inevitabile aumento del contenzioso. Su tale aspetto, M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Omessa pronuncia ed effettività della tutela del ricorrente principale*, Relazione al Convegno "Giornate di studio sulla giustizia amministrativa – Omessa pronuncia ed errore di diritto nel processo amministrativo" Castello di Modanella, Rapolano Terme, Siena, 24 e 25 maggio 2019, Milano 2019.

³²³ M.A. Sandulli, *Profili soggettivi ed oggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, cit.

³²⁴ B. Marchetti, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1, 2014, p. 74 ss., prende atto che l'introduzione di tendenze oggettivistiche del processo derivi spesso dall'attenzione ad alcuni super-interessi protetti dall'Unione europea, come nel caso degli interessi ambientali o della concorrenza.

³²⁵ Sulla quale si veda il § 4.

³²⁶ In tali termini G. Mannucci, *La legittimazione a ricorrere delle imprese: il "doppio volto" del rito sugli appalti*, in *Giorn.dir.amm.*, 3, 2019, la quale aggiunge che l'effettività della tutela può anche essere intesa in senso diametralmente opposto laddove si consideri oggetto del processo non già la posizione

chiave di lettura da adottare anche per superare il tormentato problema del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale.

2. Il passaggio da un modello oggettivo a un modello soggettivo di giurisdizione, teso non più soltanto a ripristinare l'interesse oggettivo dell'ordinamento alla legittimità dell'operato dell'amministrazione pubblica, bensì a soddisfare l'interesse soggettivo del privato ad un bene della vita - e, quindi, a valutare la fondatezza della pretesa sostanziale dello stesso, con un conseguente spostamento dell'oggetto del giudizio amministrativo dall'atto al rapporto che dall'atto deriva - è sinteticamente riassunto nel principio di effettività della tutela, cui è improntato l'attuale giudizio amministrativo.

Il principio di effettività della tutela è plasticamente delineato dall'art. 1 c.p.a., laddove si stabilisce che la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva in conformità ai principi della Costituzione e dell'Unione europea. In realtà, tale principio di derivazione europea³²⁷, assume una declinazione differente nell'ordinamento interno e in quello sovranazionale.

Si intende dire che, se nella sua interpretazione d'origine³²⁸ esso esige la conformità delle discipline nazionali alla normativa sancita dai Trattati, intesa come tutela minima che gli Stati membri devono assicurare in maniera uniforme, nell'ordinamento giuridico interno il principio assume, invece, una connotazione più estesa, essendo finalizzato a garantire una tutela pienamente soddisfacente dell'interesse sostanziale azionato dal ricorrente, nel rispetto dei principi costituzionali³²⁹, in particolare degli artt. 24 Cost e 113 Cost.

L'ordinamento interno, quindi, si adopera per garantire l'effettività e la pienezza della tutela, attraverso la soddisfazione dell'interesse su cui è fondata la pretesa del privato, da conseguire mediante lo strumento più adeguato. Si può dire che il tratto distintivo dell'evoluzione della giustizia amministrativa sia rintracciabile proprio nella ricerca dell'effettività della tutela giurisdizionale. In questo percorso ha assunto un ruolo centrale la codificazione del codice del processo amministrativo che ha recepito il valore dell'effettività, come suo principio cardine³³⁰.

giuridica sostanziale, ma un bene di rilievo generale poiché in questo caso l'effettività della tutela non è data dalla capacità del processo di offrire protezione a posizioni individuali, ma dalla idoneità a garantire un bene dai contorni oggettivi, insuscettibile di protezione individuale.

³²⁷ Sul ruolo del principio di effettività della tutela e sul generale superamento del modello di c.d. amministrazione indiretta dell'Unione europea, M.P. Chiti, *I procedimenti amministrativi composti e l'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2019.

³²⁸ Cfr. *ex multis* Corte di giustizia CE, 15 aprile 2010, C-542/08, Friedrich G. Barth; *Id.*, 6 ottobre 2009, C-40-08, AsturcomTelecomunicaciones SL; *Id.*, 3 settembre 2009, C-2/08, Fallimento Olimpclub; *Id.*, 24 marzo 2009, C-445/06, DanskeSlagterier; CEDU, 15 febbraio 2006, Androsov-Russia; CEDU, 27 dicembre 2005, Iza c. Georgia.

³²⁹ In particolare, rispetto agli artt. 24, 25, 101, 103, 108, 111, co. 1 e 2 Cost.

³³⁰ Come precisato da F. De Luca, F. Freni, *Effettività della tutela e giusto processo amministrativo*, in *Giustamm.*, 11, 2012, p. 5, con l'entrata in vigore dell'art. 1 del codice, il principio di effettività deve

Nella ricerca e nel perseguimento di quella tutela effettiva, cui è improntato l'ordinamento non sembra, tuttavia, che possa ignorarsi la compenetrazione tra il diritto nazionale e quello dell'Unione europea: quanto al diritto europeo e al diritto internazionale, il principio trova riconoscimento negli artt. 2 e 4 TUE, nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nell'art. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo nonché nell'art 13 della CEDU.

L'ordinamento eurounitario ha determinato una generale e netta contaminazione anche nelle categorie generali del diritto. Infatti, come si è visto nel capitolo precedente con riguardo alla vicenda avente ad oggetto i rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale, i maggiori problemi applicativi che si riscontrano derivano proprio dal limite entro cui riconoscere una reale autonomia procedurale in capo agli Stati membri, limite che finisce per coincidere con quello assegnato al controllo del giudice europeo.

Il diritto sovranazionale e le interpretazioni della Corte di giustizia agiscono, pertanto, sia come elementi di omologazione - richiedendo spesso che sia predisposta dai vari ordinamenti nazionali una disciplina uniforme di settore, come accaduto in tema di appalti pubblici - sia come occasione di veri e propri trasferimenti di principi e regole proprie di un ordinamento in un altro³³¹. Questo atteggiamento produce conseguenze anche in relazione all'organizzazione del processo laddove la disciplina europea, pur formalmente rispettosa dell'autonomia processuale degli Stati membri dell'Unione, tende a conformarne gli istituti anche attraverso l'apporto della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Come anticipato, sembra potersi evidenziare che mentre nell'ordinamento interno il principio di effettività della tutela sia essenzialmente proteso alla protezione dell'interesse materiale del ricorrente³³², nella giurisprudenza eurounitaria si traduca in una maggiore attenzione alla *reale* tutela accordata alle situazioni giuridiche soggettive dedotte, sulla base dei principi di effettività e di equivalenza, nonché della circostanza per la quale esse ricevano quella "tutela minima" che non può mai negarsi presso il giudice nazionale.

Il principio di effettività della tutela costituisce un'articolazione del principio del giusto processo. Quest'ultimo è oggi sancito dall'art. 111 co. 1 Cost., dall'art. 6

essere attuato "secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo", perciò lo standard di tutela sovranazionale non opera più con riguardo alla sola violazione del diritto comunitario ma trova concreta applicazione anche in presenza di un'inosservanza di disposizioni interne, incidenti su materie sottratte alla competenza europea.

³³¹ In tali termini A. Pajno, *Trasformazioni della giustizia Amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2017, p. 428

³³² Come evidenzia M. Fratini, *cit.*, p. 1452, il principio di effettività della tutela ha il merito di porre al centro del sistema processuale il bene della vita a cui aspira il ricorrente e ciò avviene attraverso una molteplicità di strumenti, quali ad esempio le azioni di cognizione, la tutela cautelare, i mezzi istruttori, il ricorso per motivi aggiunti, l'ottemperanza, ecc. Si consente, quindi, al privato di esperire tutte le azioni, dichiarative, costitutive e di condanna, tipiche e atipiche, necessarie per la protezione dell'interesse sostanziale che l'ordinamento gli riconosce e che nell'ambito del processo può ottenere una tutela specifica e piena, allo stesso modo di quanto già in passato accadeva per i diritti soggettivi

CEDU³³³ e dall'art. 2 c.p.a. e si manifesta attraverso i principi del contraddittorio, della riserva di legge, di indipendenza, imparzialità e terzietà del giudice naturale nonché di pubblicità del processo. Le articolazioni del principio del giusto processo sono, quindi, numerose e variegate e si sostanziano in una serie di garanzie preposte a tutela delle parti. Il giusto processo³³⁴ viene, peraltro, tradotto nella ragionevole durata del processo e nella garanzia della parità delle parti in ogni stato e grado del procedimento.

Per far sì che i principi di effettività della tutela e del giusto processo possano trovare concreta applicazione nell'ordinamento, appare indispensabile una legge processuale definita, semplice e chiara, che punti all'economia dei tempi e dei mezzi³³⁵.

In questa prospettiva si inserisce la disciplina dei riti appalti, finalizzata a garantire agli operatori coinvolti in giudizio risposte celeri e, allo stesso tempo, che non sacrificino le aspettative di tutela delle parti.

3. Alla luce dell'analisi complessiva svolta in questa ricerca, resta da comprendere se le esigenze di celerità possano coniugarsi con quelle di effettività della tutela in materia di procedure di evidenza pubblica.

Il panorama che si presenta agli occhi degli interpreti del diritto è, oggi, complessivamente strutturato in modalità multilivello³³⁶. Esso appare, quindi, molto più variegato che in passato, complice una fusione di regole e principi provenienti da ordinamenti differenti, un quadro normativo spesso frastagliato e un progressivo coinvolgimento dei giudici europei nelle dinamiche applicative processuali.

Si assiste, inoltre, a un incessante fenomeno di ipertrofia normativa che manifesta l'incapacità di dettare regole durevoli nel tempo, contribuendo a causare quella che viene costantemente definita "crisi della legge". Un esempio lampante di questo fenomeno si rinviene proprio nella disciplina degli appalti pubblici, come si è avuto modo di indagare nei capitoli precedenti, oggetto di numerose modifiche normative a distanza ravvicinata.

³³³ Come è noto, in base alla gerarchia delle fonti, la CEDU ha un mero valore di norma interposta subordinata alla Costituzione ma sovraordinata alla legge, alla cui stregua valutare la legittimità costituzionale degli atti di valore legislativo rispetto all'art. 117 Cost., come sancito dalle celebri pronunce della Corte costituzionale 24 ottobre 2007, n. 348 e 349. Per un'analisi più approfondita M. Allena, *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli Stati Membri dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, p. 267.

³³⁴ Sul tema del giusto processo si veda tra i tanti, M. Bellavista, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 596; L. Ieva, *Riflessioni sul principio costituzionale del "giusto processo" applicato al giudizio amministrativo*, in *Giustamm.*, 2002; F. De Luca, F. Freni, *Effettività della tutela e giusto processo amministrativo*, in *Giustamm.*, 11, 2012.

³³⁵ R. Chieppa, R. Giovagnoli, *cit.*, p. 1222, a tal proposito sottolinea come in molti settori sottoposti alla giurisdizione amministrativa il divario tra tempo giuridico e tempo reale costituisca un problema, perciò si deve evitare che le decisioni giungano fuori tempo massimo impedendo una soddisfazione effettiva.

³³⁶ Come afferma S. Cassese, *Il futuro del diritto pubblico*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2017, p.178, l'imperativo odierno è quello di abbandonare l'esclusivo nazionalismo giuridico, il che non impedisce di coltivare il diritto nazionale, ma di riconoscere la necessaria sua interdipendenza con altri diritti nazionali e con principi universali.

Per ovviare ai problemi di scarsa chiarezza e organicità delle norme si ricorre, quindi, sempre più spesso alla giurisprudenza affinché essa assolva l'arduo compito di delineare confini non troppo nitidi, con ciò che ne deriva in punto di certezza del diritto e di effettività della tutela. Si attribuisce, pertanto, alla magistratura³³⁷ un ruolo che non le è proprio.

Così, in un sistema caratterizzato da una legislazione confusa, il giudice³³⁸ parrebbe sostituirsi alla legge occupandosi anche delle categorie generali e assumendosi il tanto ambizioso quanto pericoloso compito di creare il diritto, sovvertendo quello storico principio di separazione dei poteri³³⁹ che regge le principali democrazie. Il rischio principale cui si va incontro è quello di dar vita a un fenomeno di giurisprudenza normativa che, in un ordinamento di *civil law* come il nostro, mina sensibilmente alla certezza del diritto e si presta ad essere un imprudente cavallo di Troia da monitorare attentamente. Delle due l'una: o riconoscere alla magistratura un reale ruolo normativo rivoluzionando l'assetto costituzionale, oppure ricollocare ciascuno al proprio posto e lasciare che sia solo il legislatore a stabilire l'ambito applicativo delle norme, quantomeno nei tratti essenziali.

Come è stato osservato³⁴⁰, la giurisdizione del giudice amministrativo non è né un relitto del passato, né un fossile vivente, ma una specie che si è evoluta, e che continua ad evolversi, trasformandosi e adattandosi al cambiamento in un contesto concorrenziale. Sebbene, quindi, risulti indispensabile il ruolo della giurisprudenza per stare al passo con la natura dinamica e mutevole³⁴¹ del diritto amministrativo, è pur vero che lo strumento essenziale per assicurare una protezione reale del singolo e delle sue pretese resta sempre il legislatore, quale unico soggetto realmente deputato a "creare il diritto" e, conseguentemente a garantire certezza.

³³⁷ A. Pajno, *La giustizia amministrativa nel 2017*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2017, p. 50, ritiene che, pur considerando la necessaria ed indispensabile evoluzione giurisprudenziale, si dovrebbe evitare che sulla stessa questione sia possibile registrare una pluralità di soluzioni discordanti, ingenerando un aumento di incertezza e di conseguenza del contenzioso. L'A. osserva, inoltre, come la ri-costruzione della fiducia verso la capacità dell'ordinamento di dare risposte effettive sia particolarmente importante in presenza di un confine sempre più mobile tra legislatore, amministrazione e giudice.

³³⁸ Sul rapporto tra amministrazione e giudici si veda F. Satta, *Crisi della giustizia amministrativa?*, in *Foro amm. CDS*, 11, 2005, p. 3485 ss.

³³⁹ Celebre il pensiero di Charles-Louis de Montesquieu, nella sua opera *Lo spirito delle leggi*, pubblicata a Ginevra nel 1748, il quale esprimendo per la prima volta quella che verrà in seguito definita la "teoria dei tre poteri" sosteneva che non vi è libertà quando il potere giudiziario non è separato dal potere legislativo, poiché in questo caso il potere sulla vita e sulla libertà dei cittadini sarebbe arbitrario essendo il giudice lo stesso legislatore.

³⁴⁰ L. Torchia, *La tutela degli interessi e la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 24 maggio 2018.

³⁴¹ Come sostenuto da M. Ramajoli, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2, 2015, p. 481, infatti, il potere amministrativo è sempre regolato dal diritto e l'interesse pubblico non può essere predeterminato in via astratta, ma è sempre frutto di un concreto e continuo processo di ponderazione dei numerosi interessi in gioco.

Non si può rischiare che le categorie tradizionali vengano ribaltate in via interpretativa, al fine di evitare che la certezza del diritto resti un'illusione.

Se questo vale per l'ordinamento interno, *a fortiori* deve valere nei rapporti con il diritto dell'Unione europea, perciò occorre che il legislatore si faccia carico di questo importante compito e intervenga in modo chiaro e ponderato, recependo le indicazioni ricevute dalla Corte di giustizia.

L'esperimento normativo introdotto dall'art. 204 del D.lgs. n. 50/2016 si inseriva in questa direzione ma la sua abrogazione ha, di fatto, vanificato ogni tentativo di allineare gli orientamenti e contenere il problema dei ricorsi incidentali escludenti.

Tutto ciò, sia chiaro, non si traduce in un atteggiamento ostile a qualsiasi interpretazione proveniente *extra moenia* ma, al contrario, suggerisce un'apertura dei confini tradizionali, laddove questa sia funzionale al perseguimento di quell'effettività della tutela tanto agognata. Il punto, quindi, è comprendere quale sia la linea di confine che consenta di intervenire senza stravolgere l'assetto interno e io credo che la risposta possa essere ricercata proprio nelle garanzie individuali.

L'ordinamento eurounitario impone determinati *standard* di tutela e, come si è visto, impedisce all'ordinamento interno di diminuire tali garanzie. Questo non vuol dire, però, assegnare rilievo a interessi astratti isolatamente considerati e incompatibili con un sistema di giurisdizione soggettiva ma, al contrario, riconoscere una maggiore ampiezza alla tutela di posizioni che sono e restano soggettive. In questo senso si era del resto espressa l'Adunanza Plenaria 26 aprile 2018 n. 4 con riferimento al rito super accelerato, stabilendo che con la detta prescrizione normativa il legislatore avesse voluto espressamente riconoscere autonoma rilevanza a un interesse strumentale che comunque rimaneva personale e proprio del concorrente e, quindi, distinto dall'interesse generale alla correttezza e trasparenza nelle procedure di gara. Dal canto suo, la Corte di giustizia³⁴² ha tendenzialmente escluso che possano essere legittimate a ricorrere in giudizio imprese che non abbiano presentato domanda di partecipazione a un procedimento di aggiudicazione così come, chiamata a pronunciarsi sul rito super speciale, ne ha affermato la compatibilità, a condizione che i provvedimenti di ammissione e di esclusione fossero non soltanto comunicati ma anche accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti, in modo da garantire la reale conoscenza della violazione del diritto dell'Unione dagli stessi lamentata.

Concludendo, quello che si vuole cercare di spiegare è, in sostanza, che non sussiste un'incompatibilità reale tra il sistema interno e quello delineato dalla Corte di giustizia, perciò è auspicabile che si intraprenda un percorso unitario verso un unico e indefettibile obiettivo, ossia quello di garantire alle parti la possibilità di ottenere soddisfazione alle proprie pretese, mediante il riconoscimento di una tutela piena ed

³⁴² Corte di giustizia 28 novembre 2018, sez. III, C- 328/17, *cit.*; Corte di giustizia, sez. IV, ordinanza 14 febbraio 2019, C-54/18, *cit.*

effettiva, anche attraverso una lettura evolutiva ma pur sempre coerente delle categorie tradizionali.

In questa direzione si muove la recentissima pronuncia della Corte costituzionale 13 dicembre 2019, n. 271.

Tale decisione segue a distanza di un anno le due ordinanze di rimessione del Tar Puglia³⁴³ che ne avevano richiesto l'intervento per valutare la legittimità costituzionale del rito super accelerato. Un anno che, come si è avuto modo di analizzare nel presente lavoro, è stato caratterizzato da molteplici novità normative e giurisprudenziali sul tema. Proprio tale mutamento significativo dell'impianto strutturale su cui si reggevano le ordinanze di rimessione lasciava presagire che i giudici si sarebbero limitati a restituire gli atti al giudice comune per valutare la portata della disciplina a seguito dell'abrogazione del rito super speciale. In realtà la Corte, esaminando entrambe le questioni, ha colto l'occasione per dettare importanti considerazioni di principio, che giustificano una postilla di approfondimento perché ha, di fatto, condiviso in motivazione le riflessioni critiche già prospettate nel presente lavoro.

Ciò che rileva ai fini dell'attuale trattazione è essenzialmente la conferma da parte della Corte circa la centralità delle garanzie individuali nell'ordinamento e, specificamente, il ruolo fondamentale che esse assumono all'interno del processo amministrativo. La pronuncia in questione funge, così, da elemento di chiusura delle argomentazioni varie esposte nei precedenti capitoli e in breve da ultimo richiamate.

Con tale sentenza la Consulta, rigettando le molteplici censure poste dai giudici rimettenti, ha affermato la piena conformità della norma di cui all'art. 120 co. 2-bis all'ordinamento interno. La soluzione invocata dalla Consulta, sebbene oggi operante solo in relazione ai giudizi ancora in corso a seguito dell'abrogazione della norma per opera della Legge 14 giugno 2019, n. 55 – Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 – si pone in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia, assumendo un importante significato nel perseguimento di quel confronto collaborativo auspicato tra i due ordinamenti³⁴⁴.

A parere della Consulta, cioè:

Se è vero che gli artt. 24, 103 e 113 Cost., in linea con le acquisizioni della giurisprudenza del Consiglio di Stato, hanno posto al centro della giurisdizione amministrativa l'interesse sostanziale al bene della vita, deve anche riconoscersi che attribuire rilevanza, in casi particolari, ad interessi strumentali può comportare un ampliamento della tutela attraverso una sua anticipazione e non è distonico rispetto ai ricordati precetti costituzionali, sempre che sussista un solido collegamento con l'interesse finale e non si tratti di un espediente per garantire la legalità in sé dell'azione amministrativa, anche al costo di alterare l'equilibrio del rapporto tra le parti proprio dei processi a carattere dispositivo.

³⁴³ Sul punto *supra*, § 3 *sub.* nota 230.

³⁴⁴ E non è neppure un caso che, nonostante l'abrogazione del rito super accelerato, ci si continui a interrogare circa la perdurante possibilità di impugnare le ammissioni alla procedura di gara pur in assenza di un esplicito riferimento normativo. Sul punto, v. *supra*, § 3.

La pronuncia, quindi, confermando la validità della tesi che legittima l'ingresso nel nostro ordinamento alla categoria dell'interesse strumentale, ne evidenzia la natura di istituto proteso a rafforzare le garanzie individuali nell'ambito del processo amministrativo senza, tuttavia, che ciò significhi ribaltare le categorie fondamentali. La figura dell'interesse strumentale funge così da ponte immaginario tra la tradizione e la novità, consentendo di ampliare la tutela ma senza sconfinare nei pericolosi meandri della giurisdizione di tipo oggettivo, così come espressamente precisato dalla pronuncia in questione laddove si evidenzia che «la scelta del legislatore di fare emergere, all'interno del procedimento di gara, un distinto interesse strumentale a contestare l'ammissione di altri concorrenti non altera la struttura soggettiva della giurisdizione amministrativa e pertanto non è lesiva dei parametri costituzionali»³⁴⁵.

Occorre pertanto che, preso atto dell'orientamento pressoché unanime registrato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato³⁴⁶, della Corte di giustizia e, da ultimo, della Corte costituzionale, il legislatore ne recepisca le intenzioni e introduca una norma che espressamente riconosca validità e rilevanza alla figura dell'interesse strumentale, nei limiti individuati in modo cristallino dalla Consulta.

Occorrerà, pertanto, che l'interesse strumentale, lungi dal costituire un mero espediente per garantire la legalità dell'azione amministrativa, quale interesse astratto

³⁴⁵ Al par. 11 della sentenza 13 dicembre 2019, n. 271 la Corte, inoltre, ribadisce sul punto che sebbene la giurisdizione amministrativa, nelle controversie tra amministrati e pubblico potere, sia primariamente rivolta alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive e solo mediamente al ripristino della legalità dell'azione amministrativa, nel caso di specie il legislatore non ha inteso configurare una giurisdizione di tipo oggettivo volta a tutelare in via esclusiva o prioritaria l'interesse generale alla correttezza e trasparenza delle procedure di affidamento, “avendo piuttosto inteso dare autonoma rilevanza all'interesse strumentale o procedimentale del concorrente alla corretta formazione della platea dei soggetti partecipanti alla gara (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 26 aprile 2018, n. 4), interesse che è proprio e personale del concorrente, poiché la maggiore o minore estensione di quella platea incide oggettivamente sulla chance di aggiudicazione (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 11 maggio 2018, n. 6). Nello stesso senso si è espressa la Corte di giustizia, secondo cui il rischio che un provvedimento illegittimo di ammissione di un concorrente a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico possa cagionare un danno «è sufficiente a giustificare un immediato interesse ad impugnare detto provvedimento, indipendentemente dal pregiudizio che può inoltre derivare dall'assegnazione dell'appalto ad un altro candidato» (Corte di giustizia, IV sezione, ordinanza 14 febbraio 2019, in causa C-54/18, Cooperativa Animazione Valdocco Soc. coop. soc. Impresa Sociale Onlus), il che evidentemente presuppone il riconoscimento della chance di aggiudicazione come utilità intermedia autonomamente tutelata”.

³⁴⁶ Si segnala, al riguardo, la recentissima pronuncia Cons. Stato Ad. Pl. 2 aprile 2020, n. 10, in *giustizia-amministrativa.it*, con cui si è rimarcata la rilevanza dell'interesse strumentale nell'ordinamento, precisando che: «La latitudine di questo interesse legittimo “strumentale” non solo all'aggiudicazione della commessa, quale bene della vita finale, ma anche, per l'eventuale riedizione della gara, quale bene della vita intermedio, secondo quel “polimorfismo” del bene della vita alla quale tende per graduali passaggi l'interesse legittimo, schiude la strada ad una visione della materia, che fuoriesce dall'angusto confine di una radicale visione soggettivistica del rapporto tra il solo, singolo, concorrente e la pubblica amministrazione e che vede la confluenza e la tutela di molteplici interessi anche in ordine alla sorte e alla prosecuzione del contratto, fermo pur sempre il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa in questa materia».

e privo dei requisiti di concretezza e personalità necessari per ricorrere in giudizio, vanti un solido collegamento con l'interesse finale e, come tale, risulti personale e proprio del ricorrente.

L'esperienza maturata con riguardo all' esperimento normativo del rito super accelerato potrà, così, ben fungere da valida base normativa da cui partire per correggere gli errori di redazione e di valutazione commessi a tal riguardo e predisporre una normativa organica e risolutiva che, allineandosi agli indirizzi giurisprudenziali più autorevoli, possa finalmente coniugare efficacemente il principio della certezza del diritto cui è ispirato il nostro ordinamento con quello di effettività della tutela.

Fine ultimo invocato, a cui si ispira l'ordinamento e si conforma la giurisprudenza resta, infatti, in ogni caso quello di garantire il diritto di difesa, l'effettività della tutela, il principio del giusto processo e, con essi, più in generale quello di salvaguardare e rendere quanto più possibile concreto ed efficace l'intero prisma delle garanzie individuali nel rapporto tra singoli e giurisdizione.

4. Durante quest'ultimo anno abbiamo assistito a una situazione emergenziale senza precedenti, derivante dal diffondersi del virus pandemico COVID-19, che ha letteralmente bloccato il Paese e il mondo intero con gravissime ripercussioni sull'economia e, più in generale, su ogni settore.

Per contenere la gestione dell'emergenza da COVID-19 sono stati, quindi, effettuati diversi interventi normativi (decreti-legge, d.p.c.m., ordinanze ministeriali, ordinanze della Protezione civile e di altre autorità amministrative, ordinanze regionali e comunali) che hanno inciso in modo significativo anche sul settore degli appalti pubblici, dimostrando ancora una volta il ruolo cruciale che essi assumono per le sorti dell'intero Paese, motore propulsivo del mercato e del progresso economico.

Più precisamente, mi riferisco ai meglio noti "Decreto Rilancio" e "Decreto Semplificazioni", precipuamente introdotti al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19.

Sul Supplemento Ordinario n. 21 alla Gazzetta Ufficiale n.128 del 19 maggio 2020, era stato pubblicato il decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34: «Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19», c.d. Decreto Rilancio.

Sulla Gazzetta Ufficiale n. 180 del 18 luglio 2020, Supplemento Ordinario n. 25, è stata pubblicata la Legge 17 luglio 2020, n. 77: Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, recante misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Tale intervento normativo ha inciso sotto molteplici fronti, prevedendo anche disposizioni *ad hoc* in tema di contratti

pubblici, attraverso l'imposizione di deroghe ed eccezioni alle regole ordinarie previste dal Codice dei contratti.

Tra le norme più significative previste dalla Legge 17 luglio 2020, n. 77 di Conversione del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, ricordiamo: l'art. 65 in materia di esonero temporaneo dei contributi Anac; l'art.81 in tema di sospensione dei termini nei procedimenti amministrativi ed effetti degli atti amministrativi in scadenza; l'art.109 relativo ai servizi delle pubbliche amministrazioni; l'art.153 sulla sospensione delle verifiche ex art. 48-*bis* DPR n. 602 del 1973; l'art. 207 in tema di disposizioni urgenti per la liquidità delle imprese appaltatrici; l'art. 264 sulla liberalizzazione e semplificazione dei procedimenti amministrativi in relazione all'emergenza COVID-19.

Ma misure ancora più consistenti sono quelle previste dal decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76³⁴⁷, c.d. Decreto Semplificazioni - pubblicato sul Supplemento Ordinario n. 24/L alla Gazzetta ufficiale n. 178 del 16 luglio 2020 – convertito, con modificazioni, nella Legge 11 settembre 2020, n. 120 e pubblicata sul Supplemento Ordinario n. 33 alla Gazzetta ufficiale n. 228 del 14 settembre 2020, con cui si introduce di fatto, sebbene in via transitoria fino al 31 dicembre 2021, una nuova disciplina degli affidamenti di lavori, servizi e forniture.

Le nuove norme prevedono novità di rilevante impatto, riscrivendo del tutto alcuni istituti e modificando sensibilmente i presupposti applicativi di altri.

Tra le novità più significative vi sono:

- la previsione della regola dell'affidamento diretto per lavori fino a 150.000 euro e, per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, fino a 75.000 euro;
- la previsione della procedura negoziata, senza bando, previa consultazione di un numero di operatori variabile sulla base dell'importo complessivo, per tutte le prestazioni di importo pari o superiore a 150.000 euro (75.000 euro per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione) e inferiore alle soglie di rilevanza eurounitaria;
- la necessità che, salvo le ipotesi in cui la procedura sia sospesa per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria, l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente avvenga entro 2 mesi, aumentati a 4 in specifici casi, prevedendo altresì che la violazione dei suddetti termini, i ritardi nella stipulazione del contratto e quelli nell'avvio dell'esecuzione dello stesso possano essere valutati ai fini della responsabilità del responsabile unico del procedimento per danno erariale

³⁴⁷ Tale decreto incide su quattro grandi aree: semplificazioni in materia di contratti pubblici ed edilizia; semplificazioni procedurali e responsabilità; misure di semplificazione per il sostegno e la diffusione dell'amministrazione digitale; semplificazioni in materia di attività di impresa, ambiente e green economy.

- e, qualora imputabili all'operatore economico, costituire causa di esclusione dello stesso dalla procedura o di risoluzione del contratto;
- l'introduzione di disposizioni volte ad accelerare anche i contratti sopra soglia, prevedendo che l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente debba avvenire entro il termine di 6 mesi dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento. Anche in questo caso il mancato rispetto di tali termini, la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso possono essere valutati ai fini della responsabilità del responsabile unico del procedimento per danno erariale e, qualora imputabili all'operatore economico, costituiscono causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento;
 - l'utilizzo della procedura negoziata per l'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture (nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione), di opere di importo pari o superiore alle soglie eurounitarie - previa pubblicazione dell'avviso di indizione della gara o di altro atto equivalente e nel rispetto di un criterio di rotazione - solo nella misura strettamente necessaria e quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia da COVID-19 o dal periodo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi, i termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie non possano essere rispettati;
 - la previsione secondo la quale la pendenza di un ricorso giurisdizionale non costituisce giustificazione adeguata per la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto se non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto. La mancata stipulazione del contratto nel termine previsto deve, infatti, essere motivata con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto e viene valutata ai fini della responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto;
 - la necessità che per le opere di rilevanza nazionale o sopra le soglie eurounitarie, le sospensioni nell'esecuzione possano essere stabilite dalle parti o dalle autorità giudiziarie solo in casi ben specificati e per il tempo strettamente necessario;
 - la previsione dell'obbligo di costituire collegi consultivi tecnici con il compito di risolvere rapidamente le controversie e le dispute tecniche che potrebbero bloccare gli appalti;
 - la semplificazione del sistema delle verifiche antimafia attraverso la possibilità di stipulare, approvare, autorizzare contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture, sulla base di una informativa antimafia

provvisoria, con il limite del recesso qualora la documentazione successivamente pervenuta accerti la sussistenza di una delle cause interdittive previste per legge, nonché di corrispondere ai privati e alle imprese benefici economici anche in assenza della documentazione antimafia con l'obbligo di restituzione in caso di sopravvenuta interdittiva antimafia;

- l'istituzione di un Fondo, che potrà finanziare temporaneamente le stazioni appaltanti per evitare che la mancanza di risorse blocchi i cantieri e di un Fondo ulteriore destinato all'aggiornamento professionale del responsabile unico del procedimento;
- la semplificazione e uniformazione delle procedure di nomina dei Commissari straordinari per le opere di maggiore complessità o più rilevanti per il tessuto economico, sociale e produttivo;
- la possibilità di derogare alla procedura del dibattito pubblico, sino al 31 dicembre 2023, in considerazione dell'emergenza sanitaria da COVID-19 e delle conseguenti esigenze di accelerazione dell'*iter* autorizzativo di grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città o sull'assetto del territorio, consentendo alle amministrazioni aggiudicatrici di procedere direttamente agli studi di prefattibilità tecnico-economica nonché alle successive fasi progettuali.
- Si provvede, inoltre, a modificare il testo dell'art. 80, comma 4, relativo alle cause di esclusione, stabilendo che un operatore economico può essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se la stazione appaltante è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati, qualora tale mancato pagamento costituisca una grave violazione.

Le modifiche introdotte, così sommariamente individuate, manifestano chiaramente l'obiettivo del legislatore di semplificare le procedure, rendendole più celeri e meno farraginose, agevolando gli investimenti e la produttività.

Ma è lecito porsi degli interrogativi: come incideranno tali modifiche sulle garanzie individuali?

È stata davvero ben ponderata la necessità di evitare le lungaggini legate alle ordinarie scansioni temporali in materia di evidenza pubblica con quella di garantire un'adeguata tutela agli operatori economici? O la fretta dettata dalla gestione dell'emergenza va a sacrificare quelle garanzie indefettibili proprio in virtù del forte impatto che tale settore assume nel contesto ordinamentale?

Il problema non è di immediata soluzione, come sempre quando ci si trova al cospetto di rilevanti interessi economici, a maggior ragione in situazioni di emergenza.

Il rischio che si paventa è che, in quel delicato equilibrio tra esigenze di celerità e garanzie individuali, si assista a un notevole sacrificio di queste ultime rispetto a

un'eccessiva semplificazione delle procedure e ricorso a norme di razionalizzazione, agevolando l'insorgenza di infiltrazioni criminali³⁴⁸ e producendo conseguenze negative anche in punto di tutela giurisdizionale, già di per sé compromessa in questi mesi di emergenza nazionale³⁴⁹.

Risulta, in tal senso, estremamente attuale il verso della celebre ode manzoniana: «Fu vera gloria? Ai posteri l'ardua sentenza».

Sicché, nell'attesa di un riscontro effettivo derivante dall'utilizzo pratico delle nuove disposizioni, non resta che augurarsi un celere ritorno alla normalità, da un lato perché questo vorrà dire aver sconfitto un nemico temibile e sconosciuto, dall'altro per poter finalmente ripartire in ogni contesto, più consapevoli e proattivi per un effettivo recupero economico e sociale.

³⁴⁸ Potrebbe, ad esempio, risultare insufficiente la procedura d'urgenza prevista per la certificazione antimafia e i protocolli di legalità, come regolata dall'art. 3 del D.L 16 luglio 2020, n. 76.

³⁴⁹ Per un'analisi del problema v. F. Patroni Griffi, *Emergenza sanitaria e processo amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2020.

BIBLIOGRAFIA

R. Alessi, *Principi di diritto amministrativo*, II, Giuffrè, Milano, 1971

M. Allena, *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli Stati Membri dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012

C. Altavista, *Clausole dei bandi che prevedono oneri eccessivi*, in *Urbanistica e Appalti*, 4, 2011

A. Amore, *Il ricorso all'istituto dell'autonomia processuale in materia di rapporto tra ricorso incidentale e principale: "scacco al re", alla Corte di Giustizia europea?*, in *Foro Amministrativo (II)*, 7, 2018

B. Armeli, *Affidamento di contratti pubblici e procedure concorsuali: le novità introdotte dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e le modifiche previste dal decreto 'sblocca cantieri'*, in *Appalti & contratti*, 14, 2019

M. Asperone, *Il fenomeno delle norme autoesecutive nell'ambito delle opere pubbliche*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 13, 2008

F. Astone, *Interesse pubblico, contratti delle pubbliche amministrazioni e tutela giurisdizionale: la prospettiva comunitaria (e quella interna, dopo il recepimento della direttiva ricorsi ed il Codice del processo amministrativo)*, in *Giustamm.it*, 4, 2011

A. Attardi, *L'interesse ad agire*, Cedam, Padova, 1955

G. Avanzini, *I rapporti tra i criteri di aggiudicazione: le novità del Correttivo e l'immediata contestazione del bando di gara*, in *Urbanistica e appalti*, 4, 2017

M. Baldi, *Precisazioni su ricorso incidentale e commissioni di gara*, in *Urbanistica e appalti*, 10, 2009

E.M. Barbieri, *Sulla legittimazione del concorrente illegittimamente ammesso ad una gara pubblica ad impugnarne il risultato*, in *Giustamm.it*, 10, 2012

E.M. Barbieri, *Legittimazione ed interesse a ricorrere in caso di ricorsi reciprocamente escludenti dopo una recente pronuncia comunitaria*, in *Riv. It. dir. Pub. Com.*, vol. 23, fasc. 3/4, 2013

E.M. Barbieri, *L'interesse a ricorrere è ancora una condizione del ricorso giurisdizionale amministrativo?*, in *Riv. dir. proc.*, 6, 2017

- E.M. Barbieri, *L'ammissione alle gare pubbliche di appalto davanti alla Corte di Giustizia [Nota a ordinanza: T.A.R. Piemonte, sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88]*, in *Nuovo notiziario giuridico*, 1, 2018
- B. Barmann, *Dopo il caso Grande Stevens: la via italiana al giusto procedimento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2017
- F. Bartolomei, *In tema di interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, I, 4, 1957
- M. Bellavista, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2011
- F. Bellomo, *Nuovo sistema del diritto Amministrativo*, Diritto e Scienza, Bari, 2013
- C. Benetazzo, *Il ricorso incidentale: oggetto, legittimazione e ordine di esame delle questioni tra disciplina interna e principi comunitari*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1, 2014
- C. Benetazzo, *Ricorso incidentale, ordine di esame delle questioni e principio di effettività*, Giappichelli, Torino, 2016
- L. Bertonazzi, *Ordine di esame delle censure escludenti incrociate nelle controversie relative a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici: la precisazione dell'effettiva portata applicativa della c.d. sentenza Puligienica*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 4, 2016
- 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 *Diritto Processuale Amministrativo*, 2, 2017
- P. Biavati, *Argomenti di diritto processuale civile*, Bononia University Press, Bologna, 2011
- P. Bodda, *Interesse a ricorrere e interesse legittimo*, in *Foro amministrativo*, I, 1, 1935
- U. Borsi, *La giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1941
- E. Boscolo, *Il divieto di eterointegrazione del bando: certezza e stabilità della lex specialis*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1, 2018
- V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, Torino, 1988
- P. Calamandrei, *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1939
- A. Cancrini, *Impugnazione diretta delle clausole impossibili, Urbanistica e Appalti*, 3, 2007
- R. Caponigro, *Il rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 9, 2008

R. Caponigro, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, in *Giustamm.it*, 6, 2016

R. Caponigro, *Riflessioni sulla tutela giurisdizionale nelle gare d'appalto con vincolo di aggiudicazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017

G. Caputi, *La frammentazione della tutela giurisdizionale nel nuovo codice dei contratti pubblici. "The hatefuleighth"*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 4, 2016

M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Austria (in)felix e giurisdizione di annullamento nel diritto comunitario degli appalti*, in *Riv. dir. pubbl. comunit e comp.*, 2, 2000

M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Volontariato sussidiarietà mercato*, Cacucci, Bari, 2008

M.T.P. Caputi Jambrenghi, *La funzione amministrativa neutrale*, Cacucci, Bari, 2017

M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Il d.lgs. 1 aprile 2016, n. 50 s.m.i.: principali novità e alcune riflessioni critiche*, in *Appalti e lavoro: Volume primo. Disciplina pubblicistica*, di AA.VV. (Autore), Domenico Garofalo (a cura di), Giappichelli, Torino, 2017

M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Omessa pronuncia ed effettività della tutela del ricorrente principale*, Relazione al Convegno "Giornate di studio sulla giustizia amministrativa – Omessa pronuncia ed errore di diritto nel processo amministrativo" Castello di Modanella, Rapolano Terme, Siena, 24 e 25 maggio 2019, Milano 2019

A.F. Caputo, *L'impugnazione delle clausole del bando afferenti ai criteri di valutazione delle offerte e i principi di cui all'Adunanza Plenaria n. 1/03*, in *Giustamm.it*, 8, 2009

L. Carbonara, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e la tutela dell'ambiente. I criteri di aggiudicazione*, in *Giustamm.it*, 2, 2016

A. Carbone, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2, 2014

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 *Giustamm.it*, 3, 2017

F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike, Roma, 2016

- S. Carlino, *Lesività del provvedimento di esclusione da gara d'appalto ed interesse immediato a ricorrere*, in *Foro amministrativo TAR*, 7-8, 2003,
- F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, 3 ed., in Soc. ed. del Foro italiano, Roma, 1951
- F. Carnelutti, *Diritto e processo*, Morano, Napoli, 1958
- E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2017
- R. Casini, G. Gagliardini, B. Biancardi, *L'onere di immediata impugnazione del bando e la necessità (o meno) di partecipare alla gara: dall'Adunanza plenaria n. 1/2003 ai recenti sviluppi giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 4, 2018
- S. Cassarino, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1956
- S. Cassarino, *Attuali problemi del processo amministrativo*, in *Foro amministrativo*, VII, 1994
- A. Cassatella, *Giustizia amministrativa: scritti recenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2019
- S. Cassese, *Il futuro del diritto pubblico*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2017
- B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Cedam, Padova, 1993
- V. Cerulli Irelli, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2, 2014
- R. Chieppa, *Il Codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2010
- R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2018
- M.P. Chiti, *Verso l'implosione dei riti speciali e delle forme di tutela differenziata?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Vol. 19, Fasc.2, 2009
- M.P. Chiti, *Le modifiche al Codice dei contratti pubblici: un "correttivo scorretto"?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2017
- M.P. Chiti, *I procedimenti amministrativi composti e l'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2019
- G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, (1923), rist., Jovene, Napoli, 1980
- A. Cianflone, G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, XII ed., Giuffrè, Milano, 2012

- A. Cicchinelli, *L'esecuzione dei contratti e la tutela dell'ambiente*, in *Giustamm*, 2, 2016
- 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 *Giustamm.it*, 3, 2010
- F. Cintioli, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2012
- F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Federalismi.it*, 12, 2012
- A. Cioffi, *Autorità e motivazione*, in AA.VV., *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012
- A. Cioffi, *Sulla norma interna e sull'autonomia della pubblica amministrazione*, in G. Pagliari (a cura di), *Studi in onore di Franco Bassi*, Esi, Napoli, 2015
- A. Cioffi, *L'interesse pubblico nella azione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, 4, 2015
- A. Cioffi, *Annullamento d'ufficio, interesse generale e libertà economiche*, in A. Scognamiglio, A. Rallo (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016
- A. Cioffi, *Il fattore decisivo del provvedimento e la motivazione*, in F. Astone, M. Calderera, F. Manganaro, N. Saitta, A. Tigano (a cura di), *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017
- A. Cioffi, *Interesse generale e legittimazione oggettiva*, in *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa* (a cura di M.A. Sandulli e F. Francario), Editoriale scientifica, Napoli, 2017
- M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.01-02, 2016
- M. Clarich, *La Nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Relazione in occasione del 61° Convegno di Studi Amministrativi, 17-19 settembre 2015, Varenna, in www.giustizia-amministrativa.it
- A. Clini, *Le novità in materia di massimo ribasso, procedura negoziata e affidamenti sotto soglia*, in *Urbanistica e Appalti*, 6, 2017
- L. Cocchi, *Prime osservazioni sul nuovo rito degli appalti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 16 giugno 2016

M. Cocco, S. Sanna, *Gli obblighi di pubblicità di avvisi e bandi di gara alla luce delle recenti evoluzioni normative*, in *Appalti e contratti*, 4, 2017

C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Giappichelli, Torino, 2010

C. Contessa, *Tendenze evolutive del processo amministrativo tra disponibilità delle parti e controllo della legalità*, in *Giustamm.it*, 5, 2008

C. Contessa, *Di nuovo alla CGUE la questione dei rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Giurisprudenza Italiana*, 6, 2018

G. Costantino, *Legittimazione ad agire*, in *Enc. Giur. Trecc*, vol. XXI, Roma, 1990

S. Cresta, *L'ordine di trattazione del ricorso incidentale c.d. paralizzante in materia di appalti pubblici nella (variegata) lettura giurisprudenziale*, in *businessius.com*, 4, 2012

C. Criscenti, *Il futuro del passato interesse a ricorrere*, in *Giustamm.it*, 12, 2005

G. Cumin, *Il passaggio dello spazio logico allo spazio fisico nel rito degli appalti*, in *Urbanistica e Appalti*, 1, 2015

G. Cumin, *Rito "superaccelerato", esecuzione anticipata e frammentazione dell'interesse a ricorrere*, in *Urbanistica e Appalti*, 5, 2017

C. Cupelli, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *Dir. pen. contemp.*, 4 giugno 2018

R. Damonte, M. Bersi, *La partecipazione degli operatori economici stranieri agli appalti pubblici ed alle concessioni in Italia ai sensi del D.lgs. 18.04.2016, n. 50*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 1, 2017

S. D'Ancona, *Riflessioni sul rapporto tra ricorso principale e incidentale alla luce della direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 2013

G. D'Elia - A. Renteria, *Teoria e pratica delle fonti del diritto*, Carocci, Roma, 2008

G. D'Elia, *Il bando come lex specialis e la natura degli atti amministrativi a contenuto generale*, in *Foro Amministrativo - C.d.S. (II)*, 2, 2010

G. Della Cananea, *Gli atti amministrativi a carattere generale*, Cedam, Padova, 2000

- F. De Luca, F. Freni, *Effettività della tutela e giusto processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 11, 2012
- R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, 5, 2016
- R. De Nictolis, *Le novità sui contratti pubblici recate dal D.L. n. 32/2019 'sblocca cantieri'*, in *Urbanistica e Appalti*, 23, 2019
- C. Deodato, *L'attuazione normativa del codice dei contratti pubblici: configurazione giuridica, struttura e questioni applicative*, in *Foro Amministrativo (II)*, 9, 2018
- B. De Rosa, *La rigidità delle clausole di esclusione dalle gare per motivi esclusivamente formali*, in *Riv. Giur. Edil.*, 1, 2002
- A. Di Cagno, *Immediata impugnabilità della clausola del bando di gara sul criterio di valutazione dell'offerta*, in *Urbanistica e appalti*, 1, 2018
- G. Di Federico, *La 'saga Taricco': il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in *Federalismi.it*, 11, 2018
- A. Di Majo, *Legittimazione negli atti giuridici*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIV, Giuffrè, Milano, 1974
- G. Di Pardo, *Il decreto sblocca-cantieri intona il de profundis per il rito speciale ex art. 120 co. 2-bis del codice del processo amministrativo*, in *www.lexitalia.it*, 4, 2019
- V. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1988
- V. Domenichelli, *Il rito "superaccelerato" nel sistema costituzionale ed eurounitario*, in *Il Processo*, 1, 2019
- N. Durante, *Riflessioni sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti, alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 13/2019*, Intervento al convegno sul tema "La tutela dei diritti tra giurisdizione e Autorità indipendenti", Università di Catanzaro 28 giugno 2019
- M. Esposito, *Disciplina degli appalti pubblici e legittimazione a ricorrere a tutela della concorrenza*, in *Giustamm.it*, 5, 2016
- S. Fantini, *Ricorso principale e incidentale: alla ricerca dell'interesse strumentale*, in *Urbanistica e appalti*, 10, 2014
- R. Ferrara, *Interesse e legittimazione al ricorso*, in *Dig. Disc. pubbl.*, VIII, Utet, Torino, 1993
- G. Ferrari, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo: principi consolidati e problematiche irrisolte*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2007

V. Ferreri, *L'immediata impugnabilità del bando di gara in presenza di clausole c.d. escludenti*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2, 2012

G. Figuera, *Appunti in tema di interesse e legittimazione al ricorso e brevi note sul ricorso principale e ricorso incidentale (*)*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2008

E. Follieri, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, 8-9, 2016

F. Forte, *L'instabile equilibrio tra le esigenze di celerità e di effettività della tutela giurisdizionale nel rito in materia di appalti pubblici*, in *Giustamm.it*, 7, 2018

M. Fratini, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, Dike, Roma, 2018

E. Frediani, *Il soccorso della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Diritto Amministrativo*, 3, 2018

D. Galli, C. Guccione, *Contratti pubblici: il rapporto tra ricorso principale e incidentale; l'impugnabilità del bando di gara*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12, 2013

C.E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2018

E. Garbagnati, *La giurisdizione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1950

D. Gentile, *Impugnazione diretta del bando per incongruità dei prezzi unitari*, in *Urbanistica e Appalti*, 10, 2008

A. Giannelli, *Interesse strumentale, motivazione e standstill sostanziale: il TAR Lazio tra innovazione e conservazione*, in *Urbanistica e appalti*, 4, 2011

M.S. Giannini, *La giustizia amministrativa*, Ed. dell'Ateneo, Roma, 1959

M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, III ed., Giuffrè, Milano, 1993, II

M.S. Giannini *Istituzioni di diritto amministrativo*, II ed., Giuffrè, Milano, 2000

R. Giovagnoli, *Il ricorso incidentale e l'ordine di esame delle questioni*, Tratto dal volume R. Giovagnoli, L. Ieva, G. Pesce, "Il processo amministrativo di primo grado", Milano, 2005, in *Giustamm.it*, 11, 2005

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 *Giustamm.it*, 2012

- G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1980
- G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1986
- G. Greco, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Diritto Amministrativo*, 3, 2014
- I. Grossi, *Il rito super accelerato supera il vaglio della Corte di Giustizia*, in *Urbanistica e Appalti*, 2, 2019
- E. Guicciardi, *Studi di giustizia amministrativa*, Utet, Torino, 1967
- L. Ieva, *Riflessioni sul principio costituzionale del "giusto processo" applicato al giudizio amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2002
- L. Ieva, *Sull'interesse ad agire negli appalti pubblici nella prospettiva del diritto comunitario*, in *Urbanistica e Appalti*, 2, 2007
- G. Iosca, *Osservazione sul rito appalti: la sua specialità tra luci e ombre*, in *Appalti e Contratti*, 12, 2016
- M. Interlandi, *Brevi riflessioni sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di ampliamento della legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 1, 2007
- I. Lagrotta, *Il rito 'super accelerato' in materia di appalti*, in *Federalismi.it*, 7, 2018
- C. Lamberti, *L'Adunanza Plenaria "boccia" l'interesse strumentale*, in *Urbanistica e Appalti*, 6, 2011
- C. Lamberti, *Per la Corte di giustizia l'incidentale non è più "escludente"?*, in *Urbanistica e Appalti*, 10, 2013
- C. Lamberti, S. Villamena, *Nuove direttive appalti: "sistemi di selezione" e "criteri di aggiudicazione"*, in *Urbanistica e Appalti*, 8-9, 2015
- C. Lamberti, *La Corte di Giustizia promuove l'interesse strumentale e il suo ruolo d'interprete (unica) del diritto europeo*, in *Urbanistica e Appalti*, 10, 2016
- G. Landi- G. Potenza, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1987
- 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 *Urbanistica e appalti*, 2, 2018
- G. Leone, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Cedam, Vicenza, 2017
- M. Libertini, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2014

- M. Lipari, *La tutela giurisdizionale e 'precontenziosa' nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 10, 2016
- M. Lipari, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il 'rito appalti' e le esigenze imperative di interesse generale*, in *Federalismi.it*, 5, 2017
- M. Lipari, *Il rito superspeciale in materia di ammissioni e di esclusioni (art. 120, co. 2-bis e 6-bis del cpa) va in soffitta. E, ora, quali conseguenze pratiche?*, in *giustizia-amministrativa.it*, 20 giugno 2019
- L. Lombardi, *Clausole ambigue ed impugnazione del bando di gara*, in *Urbanistica e Appalti*, 8, 2007
- G. Lo Sapio, *Rito superaccelerato e tecniche di 'giuridificazione' degli interessi (Consiglio di Stato, sez. V, 23 marzo 2018, n. 1843)*, in *Urbanistica e Appalti*, 4, 2018
- M.L. Maddalena, *Legittima partecipazione alla gara, ammissibilità del ricorso e del danno da perdita di chance*, in *Urbanistica e Appalti*, 12, 2006
- P.S. Mancini, G. Pisanelli, A. Scaloja, *Commentario del codice di procedura civile degli stati sardi*, II, Utet, Torino, 1861
- F. Manganaro, M. Germano, *Nuove disposizioni normative sulle cause di esclusione da una procedura di appalto pubblico*, in *Urbanistica e Appalti*, 3, 2019
- G. Mannucci, *Legittimazione e interesse a ricorrere (dir. amm.)*, in *Enc. Giur. Trecc. on line*, 2018
- G. Mannucci, *La legittimazione a ricorrere delle imprese: il "doppio volto" del rito sugli appalti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2019
- B. Marchetti, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1, 2014
- G.M. Marengi, *Il bando di gara e la certezza delle regole negli appalti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6, 2011
- I. Martella, *Le novità processuali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2016
- A. Massari, *La 'conversione' (riscrittura) del decreto sblocca cantieri*, in *Appalti e Contratti*, vol. 14, fasc. 7-8, 2019
- F. Mastragostino, *Motivi di esclusione e soccorso istruttorio dopo il correttivo al Codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, 6, 2017

E. Mastrodomenico, *Le criticità della fase cautelare nel rito speciale degli appalti, in bilico tra “vecchia” e “nuova” disciplina*, in *Appalti e contratti*, 3, 2012

E. Mastrodomenico, *Interesse strumentale a ricorrere e par condicio contraentium: contrasti di giurisprudenza e problematiche connesse*, in *Appalti e contratti*, vol. 7, fasc.11, 2012

M. Mattalia, *Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, 3, 2017

M. Mattiuzzi, *Ammissibilità e limiti della eterointegrazione del bando di gara*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 3, 2008

A. Meale, *La legittimazione all'impugnazione della lex specialis*, in *Urbanistica e Appalti*, 6, 2018

C. Mengoni, *Il regime di impugnazione dei bandi di gara: quid novi?*, in *Appalti e contratti*, 1-2, 2018

L. Migliorini, *Ancora su interesse legittimo e interesse a ricorrere*, in *Foro Amm.*, I, 1981

E. Morone, *Sulla distinzione tra interesse a ricorrere e interesse oggetto del ricorso*, in *Giur. it.*, III, 1964

R. Morzenti Pellegrini, *La sussistenza dell'interesse a ricorrere avverso l'aggiudicazione di una gara pubblica in capo al concorrente escluso in forza di un provvedimento non contestato*, in *Foro amm. CDS*, fasc.12, 2004

A. Nicodemo, *Immediata impugnabilità dei bandi di gara: il passo in avanti del Consiglio di Stato [Nota a sentenza: Cons. Stato, sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671]*, in *Giustamm.it*, 1, 2013

M. Nigro, *Ma cos'è questo interesse legittimo? Vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, V, 1987

A.G. Orofino, *Sull'obbligo di pubblicazione in Internet di bandi ed avvisi di gara ex art. 24, l. 24 novembre 2000 n. 340* (Nota a Tar Campania, Napoli, sez. I, 12 giugno 2002, n. 3404), in *Foro amministrativo Tar*, Milano, 2003

A.G. Orofino, *La pubblicazione in Rete dei bandi di appalti di lavori sotto soglia comunitaria* (Nota a Tar Lombardia, Milano, sez. III, 3 giugno 2003, n. 2393), in *Urbanistica e Appalti*, 2004

A.G. Orofino, *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Cacucci, Bari, 2008

A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2015

A. Pajno, *La giustizia amministrativa nel 2017*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2017

- A. Pajno, *Trasformazioni della giustizia Amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2017
- A. Parini, *Ancora sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale: la nuova veste dell'interesse strumentale alla luce della ultima giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Giustamm.it*, 11, 2016
- F. Patroni Griffi, *Emergenza sanitaria e processo amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2020
- N. Pecchioli, *Lesione dell'interesse sostanziale alla partecipazione alla gara e impugnazione del bando da parte del non concorrente*, in *Giustamm.it*, 5, 2004
- G. Pellegrino, *Ricorso incidentale, parità delle parti e interesse strumentale. Brevi spunti in attesa della Plenaria*, in *Giustamm.it*, 3, 2011
- L.R. Perfetti, *Legittimazione e interesse a ricorrere nel processo amministrativo: il problema delle pretese partecipative (*)*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2009
- A.G. Pietrosanti, *Piena conoscenza, termine per impugnare ed effettività della tutela nel rito "super accelerato" ex art. 120 co. 2 bis c.p.a.*, in *Federalismi.it*, 7, 2017
- P. Pizza, *L'Adunanza plenaria e l'impugnazione diretta dei bandi*, in *Foro amministrativo (II) C.d.S.*, 1, 2003
- L. Presutti, *La pregiudiziale triplice in materia di appalti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, 1, 2017
- L. Presutti, *Il precontenzioso e il rito accelerato nelle procedure per l'affidamento di contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 3, 2017
- E. Proietti, *L'adozione delle nuove direttive sui contratti pubblici in Italia*, in *Giustizia amministrativa*, 2, 2016
- S. Raimondi, *Procedimento amministrativo e attualità dell'interesse a ricorrere* (Relazione al Convegno su "L'impugnabilità degli atti amministrativi- giornate di studio dedicate a Eugenio Cannada Bartoli. Siena, Certosa di Pontignano, 13-14 giugno 2008), in *Giustamm.it*, 2008
- M. Ramajoli, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2, 2015
- O. Ranelletti, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1937
- P. Rescigno, *Legittimazione (diritto sostanziale)*, in *NSS. D.I.*, XI, Torino, 1963

- M. Ricciardo Calderaro, *L'intervento nel processo amministrativo: antichi problemi e nuove prospettive dopo il Codice del 2010*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1, 2018
- U. Rocco, *La legittimazione ad agire*, Ferraiolo, Roma, 1929
- Alb. Romano, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150 anniversario dell'istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983
- Alb. Romano, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1958
- G. Rossi, *L'incertezza sui principi del processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 12, 2010
- A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Jovene, Napoli, 1989
- A.M. Sandulli, *Il giudizio avanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Morano, Napoli, 1963
- M.A. Sandulli, *Il processo amministrativo super accelerato e i nuovi contratti ricorso-resistenti*, in *Federalismi.it*, 4 marzo 2009
- M.A. Sandulli, *Il tempo del processo come bene della vita*, in *Federalismi.it*, 1 ottobre 2014.
- M.A. Sandulli, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 8, 2016.
- M.A. Sandulli, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 15, 2016
- M.A. Sandulli, *Un mini passo in avanti verso l'effettività della tutela negli appalti pubblici? Primi considerazioni sull'art. 19 d.lgs. n. 56/2017*, in *Federalismi.it*, 10, 2017
- M.A. Sandulli, *Profili soggettivi ed oggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, in *Federalismi.it*, 3, 2017.
- S. Satta, *Variazioni sulla legittimazione ad causam*, in *Riv. Trim. proc. Civ.*, 1967
- F. Satta, *Principi di giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1978
- F. Satta, *Crisi della giustizia amministrativa?*, in *Foro amm. CDS*, 11, 2005
- E. Schneider, *Il ricorso incidentale e il rinvio pregiudiziale obbligatorio alla Corte DI Giustizia UE. Il commento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2016
- G. Severini, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in *Codice degli Appalti e delle concessioni – il D.lgs. 50/2016 commentato articolo per articolo a cura di C. Contessa, D. Crocco, DEI*, 2016

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*, 6 e 7, 3 giugno 2016

M. Silvestri, *I frammenti di una giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 5, 2015

M. Silvestri, *Le condizioni dell'azione nel rito in materia di contratti pubblici*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 3, 2017

M. Silvestri, *Le condizioni dell'azione*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 3, 2017

H. Simonetti, *Riparare agli errori commessi ... Questioni vecchie e nuove sul riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, 12, 2015

M. Sinisi, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Giappichelli, Torino, 2017

B. Spampinato, *Sui ricorsi "escludenti incrociati": uno sguardo "interno" e uno "europeo"*, in *Urbanistica e Appalti*, 5, 2016

A. Squazzoni, *Morire per il ricorso incidentale paralizzante?*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1, 2018

G. Taglianetti, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici: ratio e profili applicativi*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1, 2019

L. Tarantino, *Il sindacato sui bandi di gara*, in *Urbanistica e Appalti*, 3, 2018

G. Tomei, *Legittimazione ad agire*, in *Enc. Giur. dir.*, XXIV, Giuffrè, Milano, 1974

L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2-3, 2015

L. Torchia, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2016

L. Torchia, *La tutela degli interessi e la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 24 maggio 2018

F. Tramontana, *Il rito degli appalti dopo le innovazioni introdotte dal Codice dei contratti pubblici*, in *Appalti e contratti*, Vol. 12, Fasc. 9, 2017

S. Tranquilli, *Correzioni al regime di trasparenza degli atti di gara e ripercussioni sul rito "super-speciale" sulle ammissioni e esclusioni dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Il*

correttivo al Codice dei contratti pubblici: guida alle modifiche, (a cura di) M.A. Sandulli, M. Lipari, F. Cardarelli, Giuffrè, Milano, 2017

S. Tranquilli, in Osservatorio sulla giustizia amministrativa coordinato da Maria Alessandra Sandulli e Marco Lipari, Parte I, Contributi, *Quid iuris dopo il commiato del rito super-speciale sulle impugnazioni delle ammissioni ed esclusioni dalle gare?*, in *Foro Amministrativo (II)*, 3, 2019

A. Travi, *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2013

A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2017

F. Trimarchi Banfi, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 3, 2017

G. Tropea, *L'interesse strumentale a ricorrere: una categoria al bivio?*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2, 2010

G. Tropea, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 3, 2018

G. Tropea, *Diritto alla sicurezza giuridica nel dialogo 'interno' ed 'esterno' tra corti*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 4, 2018

D. Vaiano, *L'onere dell'immediata impugnazione del bando e della successiva partecipazione alla gara tra legittimazione ad agire ed interesse a ricorrere*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2004

C. Varrone, «*Der Kampf ums Recht*»: *breve chiosa sul c.d. interesse strumentale nelle procedure di evidenza pubblica*, in *Giustamm.it*, 10, 2012

G. Veltri, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, in www.giustizia-amministrativa.it, 26 maggio 2016

R. Villata, *Legittimazione processuale. II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. Giur. Trecc.*, XXI, Roma, 1990

R. Villata, *Interesse ad agire, II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. Giur. Trecc.*, XIX, Roma, 1990

R. Villata, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2, 2018

S. Vinti, *Bando*, in *Dizionario di diritto pubblico*, dir. S. Cassese, I, Giuffrè, Milano, 2006

M.P. Vipiana, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa tra coerenza e flessibilità*, Giuffrè, Milano, 1990

P. Virga, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1982

GIURISPRUDENZA

Cass. Civ., Sez. III, 11 maggio 2009 n. 10741
Cass. Civ., S. U., 21 giugno 2012 n. 10294
Cass. Civ., S. U., 6 febbraio 2015, n. 2242
Cons. Stato, Ad. Plen., 27 gennaio 2002, n. 1
Cons. Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 2003 n. 1
Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4
Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9
Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n.5
Cons. Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4
Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5
Cons. Stato, Ad. Plen., ordinanza 11 maggio 2018, n. 6
Cons. Stato Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10
Cons. Stato Ad. Plen., 2 luglio 2020, n. 12
Cons. Stato, sez. VI, 7 maggio 2001, n. 2541
Cons. Stato, sez. VI, 7 giugno 2001, n. 3090;
Cons. Stato, sez.V sez. 6 maggio 2002, n. 2406
Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980
Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222
Cons. Stato., sez. V, 18 novembre 2004, n. 7555
Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006, n. 4418
Cons. Stato, sez. V, 6 febbraio 2007, n. 476
Cons. Stato, sez.VI, 19 giugno 2009, n. 4134;
Cons. Stato, Sez. V, 7 giugno 2011, n. 3413
Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011 n. 5421
Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135;
Cons. Stato, sez. III, 27 settembre 2012, n.5111.
Cons. Stato sez. IV, 7novembre 2012, n. 5671
Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6048;
Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015 n. 293
Cons. Stato, sez. III, 2 febbraio 2015, n. 491;
Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2015, n. 5181
Cons. Stato, sez. V, 30 dicembre 2015, n. 5862
Cons. Stato, sez. III, 10 giugno 2016, n. 2507;
Cons. Stato, sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708
Cons. Stato, sez.V, 27 febbraio 2017, n. 901,
Cons. Stato, sez.V, 10 aprile 2017, n. 1677,
Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014,
Cons. Stato, sez.V, 12 maggio 2017, n. 2226,

Cons. Stato, sez.V, 30 giugno 2017, n. 3178
Cons. Stato, sez.V, 20 luglio 2017, n. 3593
Cons. Stato, sez.V, ord. 6 novembre 2017, n. 5103
Cons. Stato, sez. III, ord. 7 novembre 2017, n. 5138.
Cons. Stato, sez. III, 24 novembre 2017, n. 5492
Cons. Stato, sez. V, 23 luglio 2018, n. 4442
Cons. Stato, sez. III, 11 ottobre 2018, n. 5859
Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2019, 1710
TAR Liguria, ordinanza n. 64 del 21 gennaio 2016
TAR Lazio, Roma, sez. III, 13 dicembre 2016, n. 12439,
TAR Liguria sez. II, ordinanza 29 marzo 2017, n. 263
TAR Sicilia, sez. IV, Catania, 16 giugno 2017 n. 1454
TAR Basilicata, Potenza, sez. I, 27 settembre 2017, n. 612
TAR Piemonte, sez. I, ordinanza 17 gennaio 2018, n. 88
TAR Puglia - Bari, Sez. III, ordinanza 20 giugno 2018, n. 903,
TAR Puglia - Bari, Sez. III, ordinanza 20 luglio 2018, n. 1097
TAR Reggio Calabria 13 maggio 2019, n. 324
Corte Cost., 10 novembre 1999, n. 427
Corte Cost., 12 aprile 2005, n. 148
Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 348
Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 349
Corte Cost., 5 ottobre 2016 n. 245
Corte Cost., 18 gennaio 2018, n. 6
Corte Cost., 13 dicembre 2019, n. 271
Corte di giustizia UE 16 dicembre 1976, C 33-76
Corte di giustizia UE, Sez. VI, 27 febbraio 2003 C-327/00
Corte di giustizia UE, Sez. VI, 12 febbraio 2004, C-230/02
Corte di giustizia CE, Grande Sezione, 24 marzo 2009, C- 445/06
Corte di giustizia CE, Sez. II, 3 settembre 2009, C- 2/08
Corte di giustizia CE, Sez. I, 6 ottobre 2009, C-40-08
Corte di giustizia CE, Sez. IV, 15 aprile 2010, C-542/08
Corte di giustizia UE, Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12
Corte di giustizia UE, Sez. V, 26 novembre 2015, C-166/14
Corte di giustizia UE, Sez. VIII, 21 dicembre 2016, C- 355/15
Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 5 aprile 2016, C-689/13
Corte di giustizia UE, Sez. VIII, 21 dicembre 2016, C-355/15
Corte di giustizia UE, Sez. VIII, 11 maggio 2017, C-131/16
Corte di giustizia UE, Sez. III, 28 novembre 2018, C- 328/17
Corte di giustizia UE, Sez. X, 5 settembre 2019, C-333/18
Corte europea dei Diritti dell'Uomo, 27 dicembre 2005
Corte europea dei Diritti dell'Uomo, 15 febbraio 2006