

# Profili di incompatibilità con il diritto dell'Unione Europea del rito “superspeciale” in materia di appalti pubblici in attesa del pronunciamento della Corte di Giustizia UE

*(commento all'ordinanza T.a.r. Piemonte, sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88)*

DI ALDO IANNOTTI DELLA VALLE

*(Dottorando di ricerca Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, avvocato amministrativista specializzato in contratti pubblici)*

## **Abstract (En):**

*The article focuses on the request to the Court of Justice of the European Union for a preliminary ruling under Article 267 TFEU, made by decision of 17 January 2018, n. 88, from the Regional administrative Court for Piedmont (T.a.r. Piemonte), concerning the compatibility with the principles of the european law of the new procedure to challenge the measures of admission and exclusion in public procurements, introduced by the new Public Contracts Code. (legislative decree n. 50/2016).*



## 1. Il rito sulle ammissioni ed esclusioni negli appalti pubblici: il fine giustifica i mezzi?

Tra le numerose novità introdotte dal Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016, particolare rilievo ha assunto l'introduzione di un nuovo rito, definito "superaccelerato" o "superspeciale" (rispetto all'ordinario rito appalti, detto "accelerato" o "speciale"). Il rito pone numerosi interrogativi rispetto alla garanzia di effettività della tutela giurisdizionale, così come tutelata a livello europeo, nella delicata materia degli appalti di lavori, servizi e forniture.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 50/2016, è stato emanato per recepire le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, che però non contemplavano l'introduzione di un nuovo rito per l'impugnazione delle ammissioni e delle esclusioni dai procedimenti di gara. Pertanto, quella del legislatore non è stata una scelta obbligata<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Fin da subito la dottrina ha avuto modo di sottolineare che il nuovo rito «non sembra neanche necessitato dal diritto dell'Unione, che invece sembra tracciare un'altra via maestra. Il diritto UE sembra orientato proprio nel senso opposto, in piena coerenza con la finalità generale di non aggravare l'accesso ai mezzi di ricorso» (così G. VELTRI, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2016, pag. 7). Il sistema costituisce, in ogni caso, un cambiamento radicale di prospettiva rispetto al sistema antecedente al d.lgs. n. 50/2016. Infatti, si è rilevato come «il sistema in precedenza precludeva l'impugnazione delle ammissioni: si osservava che il concorrente non vincitore della gara ha effettivo interesse a verificare con attenzione i requisiti degli altri partecipanti solo all'esito della procedura selettiva. Appariva incongruo ed oneroso imporre ai concorrenti l'onere di impugnare preventivamente ed immediatamente gli atti endoprocedimentali di ammissione alla gara. A ciò va aggiunto, sul piano fattuale, che in numerose gare, non solo la distanza temporale tra la verifica soggettiva e la valutazione delle offerte risultava molto ridotta, ma, assai spesso, la stessa attività di verifica dei requisiti di partecipazione era effettuata dalle stazioni appaltanti all'esito della gara e concentrata sul vincitore e sul secondo graduato. Sicché i vizi attinenti all'ammissione erano fatti valere al momento dell'impugnazione dell'aggiudicazione» (ID., *op. cit.*, pagg. 5-6). Perplessità su numerosi aspetti del nuovo rito sono state messe in luce, tra gli altri, da L. PRESUTTI, *Il precontenzioso e il rito accelerato nelle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, pagg. 323 ss.; M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2016, fasc. 10; M.A. SANDULLI, S. TRANQUILLI, *Art. 204*, in G.M. ESPOSITO (a cura di) *Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2017, vol. 2, pagg. 2370 ss.; M.A. SANDULLI, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2016, fasc. 8; ID., *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2016, fasc. 15; E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel Codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, fasc. 8-9, pagg. 873 ss.; G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici (l'art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, in [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it); O. FORLENZA, *Uno speciale giudizio con termini stringenti e semplificazioni*, in *Guida al Diritto*, 2016, fasc. 29, pagg. 32

Ma vi è di più: il nuovo rito, infatti, evidenzia svariate contraddizioni con rilevanti principi nazionali e con quelli del diritto dell'Unione Europea, che ispirano le direttive in materia<sup>2</sup>, dstando critiche e perplessità in dottrina sin dalla sua introduzione. Non a caso la questione è stata oggetto di due recenti ordinanze di rimessione, la prima alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>3</sup> e la seconda alla Corte costituzionale<sup>4</sup>.

Ci si concentrerà in questa sede sui possibili profili di incompatibilità con il diritto eurounitario, messi in luce dall'ordinanza del T.a.r. Piemonte n. 88/2018, che intersecano per molti aspetti anche i dubbi di costituzionalità.

L'indagine è di particolare interesse, non solo perché si avvicina il giudizio della Corte di Giustizia, che stabilirà finalmente se i dubbi di buona parte della dottrina e della giurisprudenza fossero fondati, ma anche perché, a quasi due anni e mezzo dall'entrata in vigore del d.lgs. 18.4.2016 n. 50, è ormai possibile valutare le iniziali perplessità anche alla prova pratica.

Venendo alla disciplina, va naturalmente richiamato l'art. 120, comma 2-bis, c.p.a.<sup>5</sup>, introdotto dall'art. 204, d.lgs. n. 50/2016, che ha previsto

---

ss.; E.M. BARBIERI, *Lo speciale contenzioso sulle ammissioni e sulle esclusioni nelle gare di appalto pubblico secondo il nuovo Codice degli appalti*, in *Nuovo not. giur.*, 2016, fasc. 2, pagg. 331 ss.

<sup>2</sup> Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

<sup>3</sup> T.a.r. Piemonte, sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88, che ha rimesso Corte di Giustizia dell'Unione Europea i due seguenti quesiti riguardanti il cosiddetto rito superaccelerato (o superspeciale). Con il primo quesito si chiede alla Corte di chiarire «*se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli artt. 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, ostino ad una normativa nazionale, quale l'art. 120 comma 2 bis c.p.a., che, impone all'operatore che partecipa ad una procedura di gara di impugnare l'ammissione/mancata esclusione di un altro soggetto, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento con cui viene disposta l'ammissione/esclusione dei partecipanti*». Con il secondo quesito si richiede «*se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli artt. 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, osti ad una normativa nazionale quale l'art. 120 comma 2 bis c.p.a., che preclude all'operatore economico di far valere, a conclusione del procedimento, anche con ricorso incidentale, l'illegittimità degli atti di ammissione degli altri operatori, in particolare dell'aggiudicatario o del ricorrente principale, senza aver precedentemente impugnato l'atto di ammissione nel termine suindicato*».

<sup>4</sup> T.a.r. Puglia, sez. III, 20 giugno 2018, n. 903. Aveva, invece, ritenuto insussistenti dubbi di costituzionalità T.a.r. Lombardia, sez. IV, 8 gennaio 2018, n. 29.

<sup>5</sup> Art. 120, comma 2-bis, c.p.a.: «*Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento*

che l'impugnativa degli atti di ammissione ed esclusione dei concorrenti dalla gara di appalto debba essere effettuata, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla pubblicazione del relativo atto sul profilo della stazione appaltante. L'omessa impugnazione nei termini preclude, quindi, la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti della procedura di gara, anche con ricorso incidentale.

Va poi richiamato il comma 6-*bis*<sup>6</sup> dello stesso art. 120, che reca la disciplina processuale del nuovo rito.

In questo modo, novellando l'art. 120, c.p.a., la riforma ha previsto un nuovo rito in materia di appalti riferito specificamente all'impugnativa degli atti di ammissione e di esclusione dalla gara; ma è con riferimento alle ammissioni che si ravvisa la vera novità. Nella sostanza, infatti, viene imposta (e non facoltizzata) l'impugnazione di tutti i provvedimenti di ammissione delle altre ditte partecipanti. Si tratterebbe di un onere particolarmente gravoso per il ricorrente, soprattutto a graduatoria ancora ignota: questi infatti dovrà necessariamente proporre un diverso ricorso per ogni ditta ammessa, provvedendo al pagamento di altrettanti contributi unificati.

Come se non bastasse poi, una volta sopraggiunto il provvedimento di aggiudicazione, anche questo dovrà essere a sua volta impugnato con ricorso autonomo ovvero, secondo il prevalente orientamento

---

*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 endo-procedimentali privi di immediata lesività».*

<sup>6</sup> Art. 120, comma 6-*bis*, c.p.a.: «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, memorie 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».

giurisprudenziale<sup>7</sup>, anche con motivi aggiunti, ma in ogni caso previo il versamento di un nuovo contributo unificato.

Si moltiplicheranno, quindi, gli oneri contributivi, dapprima a causa dei distinti ricorsi avverso le ammissioni a gara, successivamente in caso di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione.

Tutto ciò concorre a definire il rito “superaccelerato” come un «nuovo modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza», come si è detto in giurisprudenza<sup>8</sup>.

La *ratio legis* risiede nell’opportunità di definire immediatamente la platea dei concorrenti ammessi alla gara, in un momento antecedente all’esame delle offerte e, quindi, all’aggiudicazione<sup>9</sup>. Più chiaramente, l’obiettivo è quello di “archiviare” una volta per tutte la fase

<sup>7</sup> Il T.a.r. Lazio, con sentenza n. 9379 del 22.8.2017, non aveva accolto proprio un’istanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia U.E., affermando che l’art. 120, comma 7, c.p.a., dovesse essere interpretato nel senso di riconoscere alla parte ricorrente la facoltà (e non l’obbligo) di proporre autonoma impugnativa avverso il provvedimento di aggiudicazione della gara, eventualmente sopraggiunto nel corso del non ancora esaurito giudizio sull’ammissione/esclusione di un concorrente, sussistendo comunque la possibilità o di un’impugnativa congiunta o della proposizione successiva di motivi aggiunti. Sulla possibilità di ricorrere ai motivi aggiunti cfr. anche T.a.r. Campania, sez. VIII, 19 gennaio 2017, n. 434; T.a.r. Puglia, sez. I, 7 dicembre 2016, n. 1367. Hanno ritenuto compatibile con i principi costituzionali ed eurounitari anche T.a.r. Campania, sez. VIII, 2 febbraio 2017, n. 696 e T.a.r. Lombardia, sez. IV, 8 gennaio 2018, n. 29.

<sup>8</sup> Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2017, ord. n. 1059.

<sup>9</sup> La giurisprudenza ha già sottolineato, infatti, che il nuovo rito è «*volto, nella sua ratio legis, a 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*» (Cons. Stato, parere n. 855/2016; Cons. Stato, Ad. Plen., ordinanza 11 maggio 2018, n. 6). La stessa Adunanza Plenaria, con sentenza n. 4/2018, ha inoltre chiarito che «*con il nuovo rito super accelerato e la previsione dell’onere di impugnazione degli atti di ammissione a pena di preclusione si è inteso così 1) determinare in modo definitivo e non più contestabile l’ambito dei partecipanti ad una gara; 2) evitare conseguentemente che con l’impugnazione dell’aggiudicazione possano essere fatti valere vizi attinenti alla fase della verifica dei requisiti di partecipazione alla gara, il cui eventuale accoglimento farebbe regredire il procedimento alla fase appunto di ammissione (con grave spreco di tempo e di energie lavorative, oltre pericolo di perdita del finanziamento, il tutto nell’ottica dei principi di efficienza, speditezza ed economicità, oltre che di proporzionalità del procedimento di gara); 3) neutralizzare per quanto possibile anche l’effetto “perverso” del ricorso incidentale*». La definizione in questi termini della *ratio legis* del nuovo rito è condivisa dalla dottrina. Cfr. O FORLENZA, *op. ult. loc. cit.*, secondo cui «*tutte le nuove disposizioni introdotte testimoniano della volontà del legislatore di giungere rapidamente a una “ertezza” in ordine alla legittimità (o meno) della procedura di affidamento onde consentire la più celere realizzazione dell’opera pubblica*».

di ammissione/esclusione dalla gara entro un termine molto breve e rendere così inoppugnabili, una volta spirato detto termine, le determinazioni della stazione appaltante sulle eventuali esclusioni<sup>10</sup>. Il legislatore intendeva così evitare quella pratica, assai consolidata, di impugnare il provvedimento di aggiudicazione per vizi derivanti dalla fase a monte di ammissione alla gara, in nome delle esigenze di speditezza ed economicità cui è improntato l'intero Codice. Il nuovo rito nasce, quindi, in ottica deflattiva del contenzioso e di semplificazione.

Questo obiettivo, tuttavia, è seriamente compromesso dai risvolti processuali portati dal nuovo rito. Si può facilmente prevedere una moltiplicazione dei contenziosi nella fase iniziale<sup>11</sup>, specialmente per gli appalti di maggiore rilevanza economica, e un conseguente allungamento dei tempi del procedimento.

Non si tratta, però, dell'unica problematica connessa al nuovo rito. Questo infatti, come si è rilevato, rischia di stravolgere «*i canoni tradizionali sulla stretta e imprescindibile correlazione tra termini di impugnazione e lesione di un interesse concreto e attuale*»<sup>12</sup>. Rischia, in altri termini, di consentire impugnazioni senza interesse.

Basti pensare al caso in cui il concorrente, dopo aver proposto ricorso avverso le altrui ammissioni a gara, una volta concluso il procedimento, non si riveli poi aggiudicatario o non si collochi comunque in posizione utile a coltivare il contenzioso e a contestare l'aggiudicazione. Oppure si pensi all'ipotesi in cui il ricorrente si collochi in graduatoria in posizione superiore rispetto al concorrente di cui aveva chiesto l'esclusione: anche in tal caso, a graduatoria formata, il ricorrente non avrebbe più alcun interesse all'esclusione medesima. In definitiva, l'onere preventivo di impugnazione "costringe", di fatto, a proporre ricorsi prima che si sia verificata un'effettiva lesione

<sup>10</sup> Osserva L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, fasc. 5, pagg. 605 ss., che, per realizzare tale obiettivo, «*il nuovo rito è strutturato [...] sull'esempio del rito elettorale, anticipando il contenzioso sulla fase di ammissione prima che la competizione vera e propria cominci, in modo che essa si svolga tra concorrenti tutti ugualmente in possesso dei requisiti necessari e che non sia possibile rimettere in discussione, dopo l'aggiudicazione, i passaggi precedenti della gara*».

<sup>11</sup> Tali perplessità sono condivise anche da O. FORLENZA, *op. ult. loc. cit.*, il quale dubita che il nuovo rito «*sia effettivamente rispondente alle finalità perseguite ovvero non vi sia il rischio di una moltiplicazione del contenzioso stesso, determinata dalla necessità di impugnare comunque l'atto in via cautelativa*».

<sup>12</sup> Così M.A. SANDULLI, S. TRANQUILLI, *Art. 204 cit.*, pagg. 2371-2372.

di un interesse legittimo. In tale ipotesi, i ricorsi “al buio”<sup>13</sup> proposti in fase di ammissione, pur non essendo ricollegati a un successivo effetto utile<sup>14</sup>, finirebbero per gravare sulle casse dell’azienda concorrente.

Per giustificare tale *vulnus*, almeno dal punto di vista processualistico, si è detto che «*il legislatore avrebbe introdotto una sorta di presunzione legale di lesione, non direttamente correlata alla lesione effettiva e concreta di un bene della vita secondo la dimensione sostanzialistica dell’interesse legittimo ormai invalsa nel nostro ordinamento*»<sup>15</sup>. In mancanza di un interesse attuale, l’impresa ricorrente agirebbe a tutela di un interesse generale e non dell’interesse proprio. Alla stessa verrebbe affidata «*la tutela in via esclusiva di un interesse pubblico [...], interesse che non potrebbe mai coincidere con l’interesse privato*»<sup>16</sup>. Si realizzerebbe, in sostanza, un’anticipazione *ope legis* dell’interesse a ricorrere *ex art.* 100 c.p.c. di ciascun partecipante alla gara.

Il nuovo rito, quindi, avrebbe introdotto nell’ordinamento «*una ipotesi di “giurisdizione amministrativa oggettiva” (e cioè avente funzione di oggettiva verifica, di carattere generale, del rispetto della legalità dell’azione ammini-*

<sup>13</sup> Si tratta di ricorsi “al buio” non nel senso che possano prescindere dalla conoscenza del provvedimento ma nel senso che si tratta pur sempre di ricorsi intrapresi prima di conoscere la propria posizione in graduatoria. La piena conoscenza del provvedimento, invece, continua a costituire un requisito considerato molto seriamente dalla giurisprudenza. Per il Consiglio di Stato, infatti, l’applicabilità del principio della piena conoscenza, ai fini della decorrenza del termine di impugnazione previsto dal rito superaccelerato, presuppone un particolare rigore nell’accertamento (Cons. Stato, sez. III, 8 ottobre 2018, n. 5765). Pertanto, il termine decorrerà solo ove vi sia una concreta prova dell’effettiva conoscenza degli atti di gara, acquisita in data anteriore alla pubblicazione o comunicazione degli atti della procedura di gara. Viceversa, non può ritenersi sufficiente a far decorrere l’onere di impugnare il provvedimento di ammissione alla gara la mera presenza di un rappresentante della ditta alla seduta in cui viene decretata l’ammissione, in mancanza della specifica prova sulla percezione immediata ed effettiva di tutte le irregolarità che possano aver inficiato le relative determinazioni.

<sup>14</sup> In dottrina, la circostanza che i ricorsi avverso le ammissioni ed esclusioni sarebbero stati avviati senza poterne prevedere il vantaggio finale era già stata valutata criticamente da R. CAPONIGRO, *op. cit.*, pag. 49; F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, Roma, 2016, pag. 727.

<sup>15</sup> T.a.r. Campania, sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852. Cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2018, n. 1843. In dottrina, sulla “giuridificazione” degli interessi ad opera del rito superaccelerato, cfr. G. LO SAPIO, *Rito superaccelerato e tecniche di “giuridificazione” degli interessi, Urbanistica e appalti*, 2018, fasc. 4, pagg. 507 ss.

<sup>16</sup> In questi termini si è espresso il T.a.r. Puglia, nella propria ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, tentando una ricostruzione del nuovo rito con gli strumenti propri del diritto processuale.

*strativa, ciò che la decisione di Cons. Stato, Sez. III, 1.9.2014, n. 4449 sopra menzionata esclude possa essere considerato ammissibile) eccentrica rispetto ad un sistema di giustizia amministrativa tradizionalmente impostato sulla giurisdizione / giustizia di diritto "soggettivo" e sul "potere" ex art. 24, comma 1 Cost. (non già sul "dovere", inteso nel senso di onere economicamente gravoso, pena altrimenti l'incorrere in una preclusione processuale), in capo all'attore ("Tutti possono..."), di "... agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi"»<sup>17</sup>.*

Un rito così configurato contraddirebbe il principio di effettività sostanziale della tutela, per come questo è tutelato non solo dalla Costituzione italiana (art. 24) ma anche – e forse soprattutto – dal diritto europeo.

C'è dunque da chiedersi: il fine giustifica i mezzi?

## **2. Il primo quesito e la compromissione del principio di effettività sostanziale della tutela per gli appalti di minore rilevanza economica**

Proprio sotto il profilo della compromissione del diritto di difesa, del principio di effettività sostanziale della tutela e, in generale, dei principi del giusto processo si evidenzia un significativo contrasto della nuova disciplina con il diritto eurounitario, messo in luce dal T.a.r. Piemonte nella propria ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia.

Con il primo quesito, il T.a.r. ha richiesto, infatti, alla Corte di chiarire «*se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli artt. 6 e 13 della*

<sup>17</sup> In questi termini, T.a.r. Puglia, sez. III, 20 giugno 2018, n. 903. Autorevole dottrina ha tuttavia osservato che dalla previsione *ex lege* di un interesse qualificato dei concorrenti, coincidente con l'interesse alla corretta composizione della platea dei soggetti ammessi, non discenderebbe affatto la configurazione di una giurisdizione di tipo oggettivo: in questo senso, L. TORCHIA, *Il nuovo Codice cit.*, pagg. 605 ss., secondo cui «*sembra possibile [...] per il caso del nuovo rito in materia di appalti, una diversa ricostruzione, che non lo avvicina affatto ad una giurisdizione di tipo oggettivo. Il legislatore - al quale spetta per Costituzione questo compito - ha selezionato e individuato uno specifico interesse qualificato nell'interesse alla corretta composizione della platea dei concorrenti, sia a favore dei partecipanti alla gara, sia a favore della stazione appaltante. La ratio del nuovo rito è volta a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione. Si può dunque ben applicare la tradizionale e tramandata ricostruzione dell'interesse concreto e attuale che legittima all'azione: il bene della vita sottostante all'interesse qualificato di chi partecipa ad una procedura di gara non è solo l'aggiudicazione, ma anche, e preliminarmente, la chance di corretta competizione, in modo che la scelta venga operata fra soggetti tutti ugualmente qualificati che, si direbbe nel diritto della concorrenza, competono «sui meriti»».*

*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».*

Il principio di effettività sostanziale della tutela, che è richiamato dall'ordinanza, è infatti profondamente influenzato dal diritto dell'Unione Europea.

Nello specifico, secondo quanto testualmente previsto all'art. 1, Dir. 89/665/CEE<sup>18</sup>, l'effettività della tutela è rispettata quando gli Stati membri garantiscono un utile accesso alla giustizia 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»*. La disposizione *«riconnette espressamente e chiaramente il principio di effettività della tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea in materia di appalti alla nozione di interesse»*, come chiarito dallo stesso T.a.r. Piemonte.

Anche ai fini di valutare la compatibilità eurounitaria del rito diviene, quindi, determinante la nozione di interesse.

Peraltro, la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con specifico riferimento al settore degli appalti pubblici, ha chiarito che l'operatore economico che chiede tutela giurisdizionale deve sempre avere e conservare un interesse all'aggiudicazione dell'appalto; principio che risulta espresso nella ben nota sentenza

---

<sup>18</sup> Art. 1, Dir. 89/665/CEE: *«1. Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalle direttive 71/305/CEE e 77/62/CEE, le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli seguenti, in particolare l'articolo 2, paragrafo 7, in quanto tali decisioni hanno violato il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che recepiscono tale diritto. 2. Gli Stati membri garantiscono che non vi sia alcuna discriminazione tra le imprese suscettibili di far valere un pregiudizio nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto, a motivo della distinzione effettuata dalla presente direttiva tra le norme nazionali che recepiscono il diritto comunitario e le altre norme nazionali. 3. Gli Stati membri garantiscono che le procedure di ricorso siano accessibili, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture o di lavori e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata. In particolare gli Stati membri possono esigere che la persona che desidera avvalersi di tale procedura abbia preventivamente informato l'autorità aggiudicatrice della pretesa violazione e della propria intenzione di presentare un ricorso».*

resa nel caso Pulgigenica<sup>19</sup>.

In mancanza di interesse, un'ipotesi di giurisdizione "oggettiva" nel settore dei contratti pubblici sembrerebbe contraddire quanto previsto a livello europeo.

Il principio di efficacia tutelato dal diritto eurounitario, chiarisce il T.a.r., presuppone che *«l'azione sia volta a soddisfare un interesse attuale e concreto del soggetto ricorrente, che agisce a tutela di una sua lesione al bene della vita costituito dall'aggiudicazione della gara di appalto cui ha partecipato»*. E d'altra parte *«corollario indefettibile [...] è che la tutela giurisdizionale può (e deve) esserci solo ove vi sia stata una lesione di un diritto o di un interesse legittimo, e che vi sia un interesse, concreto ed attuale, ad una pronuncia dell'autorità giudiziaria»*.

Secondo tale ricostruzione il legislatore, allora, non potrebbe imporre di azionare il rimedio processuale in un momento antecedente al verificarsi di una lesione effettiva di un interesse legittimo, che potrebbe poi anche non verificarsi affatto. Ne deriva che, al momento in cui si intraprende il contenzioso innanzi al T.a.r. secondo lo schema del nuovo rito, non è dato sapere se il favorevole esito della controversia possa o meno portare qualche vantaggio al ricorrente<sup>20</sup>.

Osserva il T.a.r. Piemonte, infatti, che si può ben prospettare *«l'ipotesi in cui sia censurata l'ammissione/mancata esclusione di una ditta partecipante che, tuttavia, conclusa la gara, potrebbe non essere risultata aggiudicataria; così come la stessa ricorrente potrebbe, a conclusione del procedimento, porsi in una posizione tale da non avere alcun interesse a contestare l'aggiudicazione. In tale ipotesi si impone ad un soggetto partecipante alla gara un onere "inutile" al fine dell'interesse finale perseguito da chi partecipa, cioè l'aggiudicazione dell'appalto»*.

D'altro canto, il ricorrente non solo è privo di un interesse concreto e attuale, ma subisce anche un duplice danno: il primo è puramente economico e riguarda le spese per la proposizione di plurimi ricorsi avverso l'ammissione di tutti gli altri concorrenti (senza sottovaluta-

<sup>19</sup> Corte Giust. UE, 5 aprile 2016, C-689/13

<sup>20</sup> L'imprevedibilità non può che accentuarsi se si considera la frequente applicazione, nell'ambito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di metodi e criteri, consistenti talvolta in algoritmi complessi, che rendono altrettanto difficile calcolare l'esito finale al mutare di uno dei parametri. Si pensi a determinate formule, cosiddette non indipendenti, applicando le quali l'esclusione di un concorrente può portare un peggioramento nel punteggio attribuito a chi lo ha fatto escludere. È il caso, ad esempio, del criterio del confronto a coppie, per la valutazione degli elementi qualitativi dell'offerta tecnica, o del metodo dell'interpolazione lineare, per la valutazione dell'offerta economica.

re l'entità dei contributi unificare da versare)<sup>21</sup>, mentre il secondo è fattuale e riguarda la potenziale compromissione della propria posizione agli occhi della Commissione di gara<sup>22</sup>.

La richiamata teoria dell'interesse a ricorrere *ex lege*, pur suggestiva, non sarebbe dunque sufficiente a "salvare" il rito superspeciale, in mancanza comunque di un effettivo e concreto interesse.

La prospettazione del T.a.r. Piemonte appare poter cogliere nel segno, soprattutto se si considera il duplice rischio, ben messo in evidenza nell'ordinanza e strettamente connesso all'operatività del nuovo rito, che metterebbe in pericolo il sistema dei contratti pubblici nel suo complesso.

Negli appalti di maggiore rilevanza economica appare verosimile una proliferazione dei ricorsi nella fase di ammissione ed esclusione alla gara<sup>23</sup>.

Negli appalti di minore rilevanza economica, al contrario, il rito superspeciale rende sconsigliabile e antieconomico per i concorrenti

<sup>21</sup> Un ricorso cumulativo, infatti, potrebbe essere dichiarato inammissibile, in quanto ogni ammissione «potrebbe risultare affetta da vizi propri e distinti rispetto all'altra, con diversità oggettiva e soggettiva per ogni ricorso», così come chiarito dal T.a.r. remittente. Sulla problematica dei ricorsi plurimi e sugli oneri ad essi connessi, cfr. M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela cit.*, pagg. 14 ss., che ha evidenziato che «non si può pretendere - pena un inaccettabile limite all'effettività della tutela - che un soggetto instauri un giudizio, sopportando oltretutto i gravi oneri del contributo unificato e degli onorari di legali super specializzati che dovrebbero riuscire a rappresentarne le ragioni nonostante i molteplici ostacoli sopra richiamati, senza magari neppure ottenere la sospensione del provvedimento in nome delle riferite esigenze imperative di esecuzione del contratto, per una gara che non sa se potrebbe mai vincere e per contestare l'ammissione di un concorrente di cui non conosce la possibile collocazione in graduatoria». Nello stesso senso anche M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale cit.*, pagg. 14 ss.

<sup>22</sup> Anche il profilo della potenziale compromissione della propria posizione dinanzi alla Commissione di gara è espressamente messo in luce dal T.a.r. Piemonte. Quest'ultima, infatti, risulterà destinataria non di uno ma (presumibilmente) di più ricorsi e, nelle more dei giudizi, dovrà valutare l'offerta tecnica del ricorrente. Altro effetto negativo segnalato dal T.a.r. è quello relativo alle «nefaste conseguenze in merito al rating d'impresa disciplinato dall'art. 83 CCP, che individua come parametro di giudizio (negativo) l'incidenza dei contenziosi attivati dall'operatore economico nelle gare d'appalto».

<sup>23</sup> Secondo il T.a.r. Piemonte la misura introdotta dal legislatore è ridondante rispetto al fine che si propone. Ciò per due contrapposti ordini di motivi, connessi agli appalti di rilevante importo e a quelli più modesti. Quanto ai primi «essa genera il rischio di una proliferazione dei ricorsi nella fase di "qualificazione", cioè di ammissione delle imprese, e di una conseguente paralisi dei procedimenti di gara, soprattutto di quelli relativi ad appalti di rilevante importo, rispetto ai quali il gravoso onere economico dell'iniziativa giudiziaria non rappresenta una remora, con buona pace delle esigenze di celerità procedimentale e di deflazione del contenzioso che si immaginano garantite dalla riforma».

intraprendere iniziative processuali anticipate, lasciando così di fatto intangibili le ammissioni illegittime eventualmente disposte dalle stazioni appaltanti<sup>24</sup>.

Le osservazioni del T.a.r. Piemonte appaiono del tutto condivisibili: il nuovo rito sta dimostrando anche alla prova pratica come le preoccupazioni espresse da parte della giurisprudenza e della dottrina abbiano un certo fondamento<sup>25</sup>.

Nonostante le nobili intenzioni deflative e di semplificazione, definendo in via anticipata la platea dei concorrenti ammessi, si sta assistendo piuttosto ad una moltiplicazione del contenzioso, almeno per quanto riguarda gli appalti di maggiore valore economico. È chiaro infatti che, per le "partite" economicamente più rilevanti, gli operatori economici abbiano una maggiore propensione alla litigiosità: in tali casi, il *budget* da destinare alle spese legali risulta scarsamente rilevante rispetto agli interessi economici sottesi all'appalto e questo incoraggia già nella fase di ammissione alla gara la proposizione di ricorsi, sia pure "al buio".

Per gli appalti più rilevanti, quindi, i ricorsi proliferano già in una fase primordiale della gara, nonostante l'assenza di uno specifico interesse a ricorrere, perché ad imporlo è il rito superaccelerato. A ricorrere, tra l'altro, non saranno soltanto i soggetti che ne abbiano uno specifico interesse, come prima della riforma, ma tendenzialmente tutti i concorrenti, non essendo ancora nota la graduatoria. Ciò naturalmente, considerato che spesso le gare contano decine di concorrenti, conduce ad un allungamento dei tempi procedurali oltre che dei tempi processuali, in violazione dei principi di econo-

<sup>24</sup> Per quanto riguarda gli appalti di più modesto importo, osserva il T.a.r., che *«l'attuale sistema può facilmente comportare [...] rinunce da parte dell'interessato alla scelta di proporre il ricorso giurisdizionale. In una fase anticipata in cui gli operatori non possono confidare nelle utilità derivanti dall'aggiudicazione, l'entità degli esborsi necessari per la difesa processuale può costituire motivo di forte dissuasione al ricorso agli strumenti processuali che potrebbero essere fatti valere in giudizio, compromettendo anche il diritto di difesa»*.

<sup>25</sup> L'aumento considerevole del contenzioso per gli appalti economicamente più rilevanti e la contemporanea diminuzione del contenzioso sugli appalti di valore economico più limitato hanno sostanzialmente neutralizzato l'auspicato effetto deflattivo. Secondo quanto risulta dalla Relazione del Presidente del Consiglio di Stato Alessandro Pajno, tenuta in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018, nel 2017, *«nella specifica materia degli appalti pubblici, dal Consiglio di Stato le istanze cautelari sono state 865 di cui discusse 466, mediamente in 45 giorni, mentre per quanto concerne i T.a.r. le istanze cautelari sono state 5.923 di cui discusse 1.302 in circa 29 giorni»*. Un dato in linea con quello degli anni precedenti.

mia processuale e di concentrazione.

Le ripercussioni possono essere notevoli e toccare l'economia italiana nel suo complesso, potendo causare notevoli rallentamenti in particolar modo per le più importanti gare di appalto del Paese, soprattutto se si considerano anche i tempi degli eventuali giudizi di appello.

Ma è l'altra faccia della medaglia a mostrare i risvolti più gravi sul "sistema giustizia" nel suo complesso e a mettere maggiormente in evidenza la compromissione del diritto di difesa e del principio di effettività sostanziale della tutela. È su questo aspetto, quindi, che presumibilmente si concentrerà la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Il nuovo rito, infatti, imponendo plurimi ricorsi "al buio" avverso le altrui ammissioni a gara, può avere – e sta avendo – un effetto dissuasivo dalle iniziative processuali per gli appalti di minore rilevanza economica (definiti dal T.a.r. Piemonte «*appalti di non elevatissimo importo*»).

In tali ipotesi, infatti le spese legali e gli oneri contributivi non sarebbero proporzionati ai più ridotti interessi economici in ballo: in sostanza, il gioco non varrebbe la candela e, sia pure indirettamente, si sarebbe ottenuto l'effetto di privare un operatore economico della possibilità sostanziale di difendersi e di far valere le proprie ragioni. In questo consisterebbe il grave *vulnus* al diritto di difesa e al principio di effettività sostanziale della tutela di cui all'art. 1, Dir. 89/665/CEE cui si riferisce il T.a.r.

Peraltro, il *vulnus* riguarderebbe, oltre che il diritto di difesa, più in generale l'effettività della normativa pubblicistica in tema di requisiti di qualificazione, divenendo sostanzialmente inattuabile anche l'operato di una pubblica amministrazione che dovesse aggiudicare l'appalto a un soggetto privo dei necessari requisiti<sup>26</sup>. Sotto tale profilo, i danni causati dal nuovo rito si riverbererebbero anche sull'effi-

<sup>26</sup> A tal proposito, correttamente il T.a.r. Piemonte evidenzia «*il rischio che l'operare del nuovo meccanismo preclusivo finisca per rendere inattuabili aggiudicazioni disposte in favore di soggetti privi dei requisiti di partecipazione, posti a presidio della corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali*». Ciò, ad avviso del T.a.r., contrasterebbe con «*l'esigenza sottesa a tutta la regolamentazione europea e nazionale in materia di appalti pubblici: e cioè l'esigenza di assicurare che le commesse pubbliche vengano affidate al soggetto maggiormente idoneo, esigenza alla quale il confronto concorrenziale è funzionale e che inevitabilmente rimarrebbe frustrata ove si consentisse, in forza di quello che è un meccanismo di natura meramente processuale, di tenere ferma l'aggiudicazione pronunciata a favore di un aggiudicatario che risulti non possedere i requisiti di partecipazione alla gara*».

cacia e sul buon andamento dell'azione amministrativa, indebolendo oltretutto la lotta ai fenomeni corruttivi.

In definitiva, l'anticipazione *ex lege* dell'interesse a ricorrere in un momento in cui non si è ancora verificata alcuna lesione rischia più in generale di frustrare il principio di legalità, cristallizzando aggiudicazioni illegittime e privando così di efficacia la normativa del Codice dei contratti pubblici in tema di requisiti di partecipazione, posta a presidio della corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

È ragionevole prevedere che ad essere colpite saranno soprattutto le piccole e medie imprese, a maggior ragione scoraggiate dall'intraprendere iniziative processuali in relazione a piccoli appalti<sup>27</sup>. In questo modo, il nuovo rito rischia di privare sostanzialmente le PMI del proprio diritto di difesa e, conseguentemente, di "abolire", di fatto, una parte del contenzioso sugli appalti pubblici, con tutti i rischi che una tale scelta può comportare.

Naturalmente, ciò si pone in contrasto, oltre che con il principio di effettività sostanziale della tutela di cui all'art. 1, Dir. 89/665/CEE, anche con il *favor* espresso dal legislatore eurounitario per le PMI.

Innanzitutto, il richiamato art. 1, Dir. 89/665/CEE, espressamente citato dal T.a.r. remittente, prevede che «*gli Stati membri garantiscono che non vi sia alcuna discriminazione tra le imprese suscettibili di far valere un pregiudizio nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto*».

Quanto al *favor* per le piccole e medie imprese, si pensi poi al "Considerando" 2 della Direttiva 2014/24/UE, secondo cui «*[...] la normativa sugli appalti adottata ai sensi della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo*

---

<sup>27</sup> Ciò è stato già evidenziato in dottrina. Si vedano, tra gli altri, M.A. SANDULLI, S. TRANQUILLI, *op. cit.*, pagg. 2371-2372, che opportunamente mettono in luce che «*non può essere evidentemente sfuggito al legislatore che, in un momento di forte crisi economica, gli imprenditori, soprattutto piccoli e medi, non possono permettersi di instaurare giudizi meramente cautelativi, sostenendo i gravi oneri economici del contributo unificato e degli onorari di legali altamente specializzati che dovrebbero riuscire a rappresentarne le ragioni redigendo, un tempo iper ridotto e ulteriormente contratto dalle esigenze prudenziali imposte dal nuovo processo telematico, atti difensivi super sintetici, per contestare l'ammissione di concorrenti di cui non possono preconizzare la collocazione in graduatoria, al mero fine di non rischiare di perdere chances di aggiudicarsi una gara di cui non possono ancora in alcun modo prevedere l'esito. La novella penalizza soprattutto quegli operatori (tendenzialmente i più piccoli), che partecipano normalmente a più gare, confidando di riuscire ad aggiudicarsi qualche commessa pubblica per superare la crisi economica e che hanno di conseguenza una platea più ampia di concorrenti, di cui non conoscono la compagine, la storia e le caratteristiche utili ai fini dell'ammissione e della possibile aggiudicazione*».

*e del Consiglio e della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale [...]».*

Quindi, se il legislatore europeo sembra andare con decisione nella direzione della massima tutela delle PMI, il legislatore nazionale finisce per comprimere oltremodo il diritto di difesa proprio delle PMI.

In definitiva, per gli appalti di maggiore rilevanza economica, l'intento deflattivo finisce per naufragare, rallentando proprio le procedure da cui maggiormente dipende la vita economica del Paese.

Ma i maggiori problemi, in chiave di compatibilità con il diritto europeo, si pongono per gli appalti di valore economico più limitato, per i quali si verifica non solo il desiderato effetto deflattivo ma una vera e propria compromissione del principio di effettività sostanziale della tutela.

Non potendo realisticamente i piccoli imprenditori intraprendere “al buio” tante battaglie legali quanti sono i concorrenti ammessi, con conseguenti spese di giudizio per avvocati specializzati e pagamenti di contributi unificati di non scarsa rilevanza, risulta essere di fatto preclusa a questi soggetti la via di accesso alla giustizia amministrativa.

Sotto questo profilo, le osservazioni del T.a.r. sembrerebbero poter cogliere nel segno.

Da ultimo, deve essere osservato che meno pertinente appare il richiamo agli articoli 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, non costituendo la Cedu diritto dell'Unione Europea in senso stretto, contrariamente a quanto lascerebbe intendere il T.a.r. nell'ordinanza<sup>28</sup>. Ha già chiarito la Corte di Giustizia UE, infatti, che «*benché i diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) facciano parte dell'ordinamento dell'Unione in quanto principi generali, e sebbene l'art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione imponga di dare ai diritti da essa enunciati lo stesso significato e la stessa portata di quelli dei corrispondenti diritti conferiti da tale Convenzione, quest'ultima non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordina-*

<sup>28</sup> Nel richiamare «*le norme rilevanti, nel caso in esame, del diritto dell'Unione Europea*» il primo riferimento effettuato dal T.a.r. è proprio agli «*artt. 6 e 13 della CEDU (che) riconoscono il diritto ad un giusto ed effettivo processo, sotto il profilo sostanziale, garantendo una tutela attraverso un'adeguata qualificazione della situazione giuridica soggettiva da proteggere e una tutela processuale attraverso le tre componenti fondamentali del principio di effettività: pienezza e completezza della tutela e ragionevole durata del processo*».

*mento dell'Unione»* (Corte di Giustizia UE, Grande sezione, 15 febbraio 2016, n. 601). I due articoli della Convenzione, citati in apertura del quesito, non potranno quindi costituire il parametro della decisione, anche se, trattandosi di "principi generali", potranno comunque fungere da chiave di lettura delle altre norme richiamate, quelle sì appartenenti all'ordinamento eurounitario.

### **3. Il secondo quesito e la riduzione degli spazi di operatività dello strumento del ricorso incidentale**

Con il secondo quesito il T.a.r. Piemonte ha richiesto alla Corte di Giustizia di chiarire *«se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli artt. 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, osti ad una normativa nazionale quale l'art. 120 comma 2 bis c.p.a., che preclude all'operatore economico di far valere, a conclusione del procedimento, anche con ricorso incidentale, l'illegittimità degli atti di ammissione degli altri operatori, in particolare dell'aggiudicatario o del ricorrente principale, senza aver precedentemente impugnato l'atto di ammissione nel termine suindicato»*.

Il secondo quesito mette in evidenza un ulteriore *vulnus* al diritto di difesa, che potrebbe derivare dalle ridotte possibilità di impiego dello strumento difensivo del ricorso incidentale di cui all'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a.

La norma, infatti, preclude l'utilizzo del ricorso incidentale al termine della gara, laddove le ammissioni non siano state impugnate a monte nei termini ristretti previsti dal rito superspeciale.

A subirne le conseguenze è l'aggiudicatario, al quale viene preclusa la possibilità di difendersi dal ricorso principale avverso l'aggiudicazione in suo favore, proponendo a sua volta ricorso incidentale contro l'ammissione a gara del ricorrente principale.

Correttamente, quindi, il T.a.r. Piemonte mette in evidenza, anche sotto questo angolo di visuale, un'irragionevole compressione del diritto di difesa, per come è tutelato dal più volte richiamato art. 1, Dir. 89/665/CEE, nonché del principio di parità tra le parti processuali: i ricorsi principali, infatti, risulteranno più facilmente accolti, mentre al controinteressato sarà sottratto irragionevolmente un importante strumento difensivo, non potendo questi più censurare l'ammissione a gara del proprio concorrente.

Ancora con riferimento ai possibili profili di intersezione tra la nuova disciplina e l'istituto del ricorso incidentale, in giurisprudenza si sono manifestati ulteriori dubbi rispetto a quelli espressamente evidenziati dal T.a.r. Piemonte nell'ordinanza di rimessione in commento. Tali dubbi riguardano, in particolare, la proponibilità del ricorso incidentale nell'ambito di un giudizio sulle ammissioni ed esclusioni avviato "a monte", secondo il nuovo rito. A tal proposito, si è ritenuto che il ricorso incidentale escludente, proposto all'interno del rito superspeciale, non possa avere efficacia paralizzante, considerata la *ratio* del nuovo rito<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Proprio dalla previsione *ex lege* dell'interesse al ricorso, caratterizzante il nuovo rito, deriverebbe l'incompatibilità con lo stesso rito dell'attivazione di ricorsi incidentali escludenti, che di fatto andrebbero a eludere i termini imposti dal legislatore. La *ratio* sottesa al nuovo rito sarebbe, in definitiva, compromessa dalla fissazione del termine per l'introduzione del ricorso incidentale con decorrenza dalla data di notifica del ricorso principale e non dalla data di pubblicazione del provvedimento che determina le ammissioni alla procedura, ai sensi dell'art. 120, comma 2-*bis* c.p.a. In questo senso si è espressa la V Sezione del Consiglio di Stato, affermando che «*la presunzione assoluta di insorgenza immediata dell'interesse a ricorrere, che discende dall'onere di immediata impugnazione dell'art. 120, comma 2-bis, di suo conduce non solo alla successiva non configurabilità di un ricorso incidentale escludente a valle dell'impugnazione principale dell'aggiudicazione, com'è testualmente detto allo stesso comma 2-bis, penultimo periodo [...]; ma anche alla non configurabilità di analogo strumento, in senso proprio, come risposta a un ricorso immediato avverso l'altrui ammissione proposto in base al comma 2-bis, primo periodo, seconda parte*» (Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2018, n. 5036). Tale posizione era stata assunta anche in dottrina da 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*, 2018, fasc. 2, pag. 175, secondo cui «*l'interesse che con il gravame incidentale si intende far valere preesiste alla proposizione del ricorso principale e, segnatamente, sussiste sin dal momento in cui è stato adottato il provvedimento di ammissione del concorrente. Una volta che il legislatore ha tipizzato, a mezzo di una fictio iuris, l'interesse in capo ad ogni concorrente a censurare gli atti di ammissione dei competitors alla medesima procedura di gara, non può revocarsi in dubbio come lo stesso abbia natura originaria e autonoma ed è indipendente dalla proposizione dell'altrui ricorso*». In senso opposto, tuttavia, si è espressa la III Sezione del Consiglio di Stato, affermando che «*l'esclusione del ricorso incidentale comporterebbe una considerevole compromissione delle facoltà di difesa della parte resistente la quale, vista la contestazione della sua ammissione alla gara, non potrebbe paralizzare in via riconvenzionale l'iniziativa avversaria*» (Cons. Stato, sez. III, 27 marzo 2018, n. 1902; Cons. Stato, sez. III, 10 novembre 2017, n. 5182). In base a tale secondo orientamento, vi sarebbe quasi un diritto della parte resistente, cui è stata contestata l'ammissione a gara, a poter paralizzare il ricorso avversario con un ricorso incidentale "escludente". D'altra parte, l'aggravio in termini di rapidità e snellezza, con il conseguente aggravio procedimentale, non sarebbe significativo, consistendo in soli 30 giorni, mentre sarebbe significativa la compromissione delle facoltà difensive. In particolare, la sentenza della III Sezione del Consiglio di Stato n. 5182 del 10 novembre 2017 ha chiarito che la decorrenza del termine di introduzione dell'impugnativa incidentale dalla notifica del ricorso principale non comprometterebbe la *ratio* del rito

Pertanto, non solo non sarebbe possibile, in sede di ricorso sull'aggiudicazione, impugnare con ricorso incidentale escludente l'altrui ammissione a gara, ma non sarebbe nemmeno possibile utilizzare lo strumento del ricorso incidentale escludente nell'ambito di un giudizio sulle ammissioni ed esclusioni ai sensi dell'art. 120, comma 2-*bis*, in commento.

Si evidenzerebbe, quindi, un doppio *vulnus* al diritto di difesa anche sotto il profilo dell'esperibilità del rimedio del ricorso incidentale, i cui spazi di operatività verrebbero oltremodo compressi.

In definitiva, i dubbi sulla compatibilità eurounitaria del nuovo rito possono essere molteplici e, in certi casi, possono andare oltre quanto già messo ben in luce dal T.a.r. Piemonte nella propria ordinanza di remissione alla Corte di Giustizia.

Si attende, quindi, il pronunciamento della Corte di Giustizia, che dovrà rispondere ai due quesiti posti dal T.a.r. Piemonte, che – sia pure con la necessaria sintesi - comunque colgono il “nucleo” dei problemi posti dal nuovo rito in ottica di compatibilità con il diritto dell'Unione Europea.

In attesa della pronuncia, ci si deve chiedere se l'obiettivo, pur astrattamente, condivisibile, di voler definire anticipatamente la platea degli ammessi a gara possa consentire delle forzature al sistema tratteggiato dal legislatore europeo quali quelle sopra analizzate, relative tanto ai presupposti dell'azione quanto più in generale a una possibile menomazione del diritto di difesa.

---

superaccelerato, «*restando comunque ferma la preclusione all'attivazione del rimedio processuale quale strumento per dedurre, in sede di impugnazione della successiva aggiudicazione, le censure riferite alla fase di ammissiones*». Peraltro, ipotizzare di ammettere un ricorso incidentale privato delle proprie caratteristiche escludenti o paralizzanti, comporterebbe che «*il rimedio processuale azionato dal concorrente convenuto in giudizio finirebbe per risultare del tutto svincolato e indipendente dal ricorso principale, sia sotto il già esaminato profilo del termine decadenziale della sua introduzione in giudizio; sia sotto il profilo della essenzialità della sua cognizione, poiché il giudice sarebbe chiamato in ogni caso a scrutinare il mezzo incidentale anche in ipotesi di acclarata infondatezza del rimedio principale. Più in generale, il giudice dovrebbe esaminare entrambe le impugnative, indipendentemente dai loro esiti rispettivi, trattandole alla stregua di azioni del tutto autonome e prive di reciproche implicazioni. Dunque, non di “ricorso incidentale” in senso proprio potrebbe discorrersi, una volta sterilizzatene tutte le più specifiche proprietà che lo configurano come strumento di difesa riconvenzionale, proponibile in via consequenziale all'impugnativa principale*» (Cons. Stato, sez. III, 10 novembre 2017, n. 5182).

