

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)

1. - Considerazioni generali

Il pieno ingresso, nel diritto italiano dei contratti pubblici, del diritto comunitario delle direttive del 31 marzo 2004 (2004/17/CE per i lavori; 2004/18/CE per i servizi e le forniture) avvenuto con il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici*) portò un incisivo spostamento d'accento sulla ragione della gara per la scelta dell'impresa contraente.

L'obiettivo dichiarato delle direttive di assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza, fece sì che il richiamo dei principi comunitari di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, enunciati dall'art. 2 del *Codice* come principi aggiuntivi, presto sono divenuti principi cardine del settore. La ricerca efficientistica dell'offerta più utile per l'amministrazione appaltante, con la garanzia diretta delle prestazioni, nella pratica delle cose ha progressivamente ceduto il passo ai temi intesi ad assicurare la concorrenza "per il mercato": in particolare per le sub-procedure di ammissione e vaglio delle qualificazioni. Il nuovo assunto di base era che la tutela della concorrenza reca in sé la garanzia di efficienza del mercato, sicché la selezione deve anzitutto incentrarsi su uno scrupoloso vaglio preliminare delle figure dei concorrenti: da lì sarebbe derivata l'ottimizzazione delle convenienze. La concorrenza, infatti, è la condizione ideale del mercato e lo mette in grado di generare l'allocatione migliore delle risorse.

Si andò dunque a concepire l'accesso alla gara, libero per principio comunitario, come un momento essenziale di vaglio del titolo per l'ingresso in un micro-mercato *ad hoc*, straordinario e temporaneo, finalizzato a un singolo contratto pubblico e composto da quanti, titolati, vanno a contendere in parità delle armi. Così, a guardare le cose nella loro durata, il bene pubblico perseguito è arretrato dal *risultato* della stretta utilità amministrativa, al *mezzo* della competizione tra gli aspiranti offerenti. Il mercato dell'offerta, messo in concorrenza mediante il severo vaglio di base degli ingressi, avrebbe generato l'effetto di efficienza per il domandante, cioè per la stazione appaltante: il mezzo avrebbe garantito il risultato. Sicché l'intervento pubblico è stato molto speso per accentuare il momento tipico della verifica delle condizioni di *par condicio* nella competizione.

Una tale impostazione comportava il massimo vaglio del titolo degli aspiranti a partecipare alla gara: sia, in termini sostanziali, per i requisiti di capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica; sia, prima ancora, in termini di adempimenti formali per controllare che non sussistessero ragioni di preclusione: vuoi *ex defectu*, vuoi *ex delicto*.

Questo ha però generato - effetto ulteriore indesiderato ma reale - un'ipertrofia delle verifiche preliminari alla gara, della fase formale di ammissione a quel *micromercato*¹. Si è così

¹ Sul contratto pubblico come micromercato cfr. M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, relazione al convegno di studi amministrativi su *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Varenna 17-19 settembre 2015, in www.giustizia-amministrativa.it.

assistito, in Italia, a una sorta di continuativa codificazione nella codificazione, intesa a una quantità di adempimenti formali notevole quanto mutevole per novellazioni, malcerta quanto minuziosa (le mutazioni progressive dell'art. 38, sui requisiti di ordine generale, sono paradigmatiche). Elevato e fatale il conseguente rischio di falle nel documentarsi e mostrarsi atti a concorrere. L'effetto complessivo è stato quello, paradossale, di un abbassamento della sicurezza giuridica - pregiudizio in sé per il mercato – e dell'insorgere dei presupposti per esacerbate tensioni sulle condizioni di partenza: altro danno in sé per il mercato.

Si è assistito infatti a un proliferare di controversie, formalistiche e postume, sulla presenza *in limine* dei requisiti alla gara e sulle mancate esclusioni. Statisticamente, nel contenzioso amministrativo sui contratti pubblici, questo ha costituito la preponderanza della “domanda di giustizia”: ed è stato causa della sua dilatazione fino a un'incidenza mai prima figurata.

L'effetto di sistema è stato un sovraffollamento della giustizia amministrativa di ricorsi e ricorsi incidentali escludenti, dove l'oggetto reale del contendere era non la bontà dell'offerta ormai prescelta ma il titolo originario per la partecipazione alla gara.

Con tanti giudizi retrospettivi, quello che si era voluto considerare un micro-mercato *ad hoc* ha finito per nuocere al mercato in generale, al sistema economico nazionale. Per il quale era, però, strumentale: i contratti pubblici di lavori sono stipulati o per acquisire servizi o per realizzare infrastrutture, cioè mezzi e opere serventi al sistema economico. Sicché si è arrivati all'effetto paradossale che, per garantire un micro-mercato, si è andata a rallentare l'efficienza del macro-mercato.

Il nocumento è stato esasperato dalla contestualizzazione di ogni tipo di controversia in materia, formale o sostanziale: sui requisiti di origine come sulla valutazione dell'anomalia dell'offerta. Una concentrazione che ha soverchiato i giudici portandone l'attenzione ai primi passi del procedimento e che ha finito per costare più che dare al mondo delle imprese, in ultimo alla collettività che ha subito gli effetti economicamente svantaggiosi del rallentamento dei contratti pubblici.

Infatti, anziché chiamare il giudice a trattare delle buone o cattive ragioni sostanziali che hanno portato all'esito della gara, spesso con le impugnazioni il soccombente ha praticato – malgrado la realtà ormai compiuta dell'esito della contesa – una risalita a monte, all'altrui preteso cattivo titolo per partecipare. Il formalismo su questi titoli e la casistica minuziosa hanno reso agevole – e frequente - aggredire il risultato sfavorevole di aggiudicazione: quasi rituale è divenuto il ricorso incidentale escludente per negare che, quando la gara muoveva i primi passi, esistesse un'altrui giusta ragione di ingresso in quel micro-mercato. Claudicazioni che seguivano l'intero percorso della gara ma che nelle more restavano inattaccabili per giuridica mancanza, ancora, di un lesività attuale del bene della vita dell'aggiudicazione. Così il contenzioso amministrativo sui contratti pubblici è divenuto in gran parte retrospettivo e incentrato sulla fase prodromica dell'effettiva presenza dei titoli di partecipazione. Una grande, recessiva caccia all'errore, incentrata sui vizi formali di violazione di legge piuttosto che su sintomi di distorsioni sostanziali nell'apprezzamento del contenuto delle offerte. Non sono valsi in contrario i tentativi di mitigazione giurisprudenziale, come quelli improntati alla non incidenza, per inidoneità del mendacio, del c.d. “falso innocuo” di penalistica memoria².

² es. Cons. Stato, V, 13 febbraio 2009, n. 829; VI, 4 agosto 2009, n. 4905; VI, 8 luglio 2010, n. 4436; 15 giugno 2011, n. 3655; 13 marzo 2013, n. 896; III, 16 marzo 2012, n. 1471; VI, 22 novembre 2013, n. 5558; III, 6 febbraio 2014, n.

Questa ipertrofia di un contenzioso sostanzialmente postumo ha generato un *collo di bottiglia* giurisdizionale per sovraffollamento rispetto alle risorse giudiziarie disponibili e in danno del restante ordinario contenzioso.

Un tale squilibrio indotto, sul solco di un diritto che si pretende illimitato come quello alla risposta di giustizia, non considera che la giustizia è nella realtà delle cose una risorsa limitata. Il paradosso è che ha causato un rallentamento complessivo della risposta giudiziaria, dove si è evidenziata la natura ordinatoria di termini concepiti in funzione acceleratoria (inclusi quelli recentemente figurati dall'art. 40 d.-l. 24 giugno 2014, n. 90 convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, a modifica dell'art. 120, commi 6, 8 e 9 del *Codice del processo amministrativo*). Il giudizio amministrativo è divenuto in buona parte ultroneo rispetto dall'esigenza pubblica fondamentale della moralità della gara e dell'efficienza dei risultati di scelta del contraente; è prevalso l'effetto complessivo un rallentamento, per ... incidente giudiziario, della realizzazione delle opere o delle forniture di servizi: a fronte del quale è divenuta insufficiente la stessa capacità di risposta che pure, conforme agli *standard* europei, rende giudicati amministrativi in tema in meno di due anni. Evidente il danno al mercato generale, al sistema economico nazionale, al 'sistema Paese', alla restante domanda di giustizia amministrativa. Da molti questo è stato considerato uno svantaggio competitivo per le imprese che operano o investono in Italia: dunque un abbassamento generalizzato delle effettive condizioni di *sicurezza giuridica*, delle regole su cui far affidamento per modulare le capacità di competere nella contesa economica. Naturale l'esigenza di strumenti deflattivi.

2. La riforma dell'art. 120 del *Codice del processo amministrativo* e il processo anticipato e in prevenzione.

L'art. 204 (*Ricorsi giurisdizionali*) del *Codice degli appalti pubblici e delle concessioni* del 2016 che sostituisce il *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* del 2006, agendo sul corpo del *Codice del processo amministrativo* (approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) riforma alcune parti di quell'art. 120 (sulle *disposizioni specifiche* per le controversie relative ai provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture) per rimediare o per contenere alcuni degli inconvenienti di cui si è detto.

Il legislatore delegato intende così attuare il principio e criterio direttivo dell'art. 1, comma 1, lett. *bbb*)³, della legge di delega 28 gennaio 2016, n. 11. Per farlo, introduce all'art. 120, con il

583. *Contra* Cons. Stato, VI, 2 luglio 2014, n. 3336; V, 2 ottobre 2014, n. 4932; V, 7 agosto 2015, n. 3884.

³ La legge di delega 28 gennaio 2016, n. 11 pone all'art. 1, comma 1, i principi e criteri direttivi specifici in tema processuale nei termini seguenti:

«*aaa*) [...]; al fine di garantire l'efficacia e la speditezza delle procedure di aggiudicazione ed esecuzione dei contratti relativi ad appalti pubblici di lavori, previsione, nel rispetto della pienezza della tutela giurisdizionale, che, già nella fase cautelare, il giudice debba tener conto del disposto dell'articolo 121, comma 1, del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, e, anche nelle ipotesi di cui all'articolo 122 e nell'applicazione dei criteri ivi previsti, debba valutare se il rispetto di esigenze imperative connesse a un interesse generale possa influire sulla misura cautelare richiesta;

bbb) revisione e razionalizzazione del rito abbreviato per i giudizi di cui alla lettera a) del comma 1 dell'articolo 119 del codice del processo amministrativo, di cui all'[allegato 1](#) annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, anche mediante l'introduzione di un rito speciale in camera di consiglio che consente l'immediata risoluzione del contenzioso relativo all'impugnazione dei provvedimenti di esclusione dalla gara o di ammissione alla gara per carenza dei requisiti di partecipazione; previsione della preclusione della contestazione di vizi attinenti alla fase di esclusione dalla gara o ammissione alla gara nel successivo svolgimento della procedura di gara e in sede di

comma 2-bis – questa è la prima novità - un'azione anticipata e in prevenzione per rimediare a distorsioni di sistema. Si stabilisce infatti anzitutto che «*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'art. 9, comma 1, del codice degli appalti pubblici e delle concessioni*».

Si genera così un'accelerazione dell'eventuale vaglio giurisdizionale sul perimetro della platea dei concorrenti che assorbe anche qualsiasi ulteriore, specifica derivazione di illegittimità.

È un'innovazione notevole che, vista in termini generali, conferisce alla tutela complessiva in materia di gare una *struttura bifasica*⁴. In vista del dominante interesse generale alla speditezza delle procedure, si ricerca una sicurezza giuridica immediata sulle figure dei protagonisti della gara. Con il modello di questa immediata e incondizionata giustiziabilità di ammissioni o esclusioni, la riforma vuol perseguire una rapida quanto ultima certezza sulle titolazioni dei concorrenti, allo scopo di renderle poi inoppugnabili per tutta la gara e oltre. La formazione della platea dei concorrenti – cioè l'ammissione o l'esclusione dalla gara per carenza dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali – viene insomma elevata a esigenza speciale di certezza preventiva. L'obiettivo tecnico-processuale è il suo consolidamento sollecito e senza residue riserve. Lo scopo di sistema è di deflazionare il contenzioso amministrativo in questa materia.

La leva con cui la riforma agisce è dunque l'anticipazione differenziata dell'accesso al giudice. Viene creato un nuovo e speciale sottosistema processuale, a seconda delle angolazioni qualificabile come anticipato, preliminare, immediato, autonomo, decadenziale, finalizzato comunque alla rapida costituzione di certezze giuridiche poi incontestabili sui protagonisti della gara: cioè “*a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione*”⁵. Rispetto al percorso del procedimento amministrativo, l'avvio dell'eventuale investitura del giudice sui titoli – ecco il punto concettualmente centrale – viene, anche a prezzo della possibile moltiplicazione delle fasi eventuali di contenzioso, ubicato a prima dell'autentico svolgimento della competizione sostanziale: con un spazio, per ricorrere, di appena trenta giorni dalla pubblicazione sul profilo del committente.

I lavori preparatori mostrano che questa accelerazione si incontra con la questione dell'*attualità* della lesione di chi ha l'onere di subito impugnare, da cui sorge l'interesse a ricorrere. Senza lesione effettiva e attuale, del resto, una domanda giudiziale è di suo inammissibile.

Vi è qui un'abilitazione a ricorrere, e in termini dichiaratamente fatali, quando ancora non c'è stata l'aggiudicazione, cioè quando ancora non è avvenuta l'attribuzione del bene della vita per cui si compete mediante la gara.

Nelle cose, all'inizio della gara, quando è ancora futuro e incerto l'esito della competizione – l'evento che in ipotesi genera il pregiudizio da riparare –, una vera lesione rispetto a quel bene è ancora a venire e dunque è eventuale. Sicché, a conseguente interesse ad agire ancora non nato, non vi sarebbe ragione sufficiente per investire il giudice. Ancora infatti non è detto che senza il

impugnazione dei successivi provvedimenti di valutazione delle offerte e di aggiudicazione, provvisoria e definitiva».

⁴ così il parere del Consiglio di Stato, Commissione speciale, n. 855/2016 dell'1 aprile 2016 sullo schema di decreto legislativo del *Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*.

⁵ *ibidem*.

processo e l'esercizio della giurisdizione il ricorrente soffrirebbe inevitabilmente il pregiudizio finale della soccombenza nella selezione.

La scelta del legislatore delegato del 2016 è netta: si introduce l'immediato termine decadenziale di trenta giorni per lamentare esclusioni o ammissioni. Tanto è sufficiente, e necessario, per devolvere i dubbi sui titoli di ammissione in giudizio.

In termini pratici si va così a ripetere lo schema processuale di «*tutela anticipata*» dell'art. 129 Cod. proc. amm. sul giudizio contro le esclusioni dal procedimento preparatorio per le elezioni locali e regionali.

A corollario dell'innovazione qui vi sono anzitutto lo stretto termine per l'impugnazione al giudice amministrativo, fissato in trenta giorni (quanti ordinariamente ne prevede l'art. 120, comma 5, per i giudizi su questi temi) e la decorrenza di questo termine individuata nel giorno della pubblicazione sul profilo (internet) del committente, dunque della stazione appaltante, dei dati costitutivi della conoscenza.

Soprattutto, strettamente connesso a questa anticipazione è la previsione della seconda parte del comma 2-bis: «*L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. È altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività*». Dal che la preclusione della facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti della procedura, e anche con ricorso incidentale.

3. segue: la presunzione di interesse a ricorrere.

In un sistema di giurisdizione soggettiva come quello del processo amministrativo è essenziale, perché il giudice possa essere investito di una domanda giudiziale, che sussista la prima condizione dell'azione: per agire in giudizio è necessario avervi interesse, secondo il principio generale dell'art. 100 Cod. proc. civ., valevole – come sempre si dice - anche per il processo amministrativo; ormai anche in virtù della regola generale dell'art. 39, comma 1, Cod. proc. amm. (che rinvia ai principi generali espressi dal Codice di procedura civile)⁶; e come è presupposto dall'art. 35, comma 1, lett. b), che prevede che il ricorso è «*inammissibile quando è carente l'interesse*».

L'interesse, cioè il bisogno di tutela giurisdizionale indispensabile per rimuovere un atto lesivo, dev'essere concreto e attuale, non teorico o generico⁷. Secondo questa regola generale, che si riflette anche nell'art. 34, comma 2, Cod. proc. amm. («*In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*»), non è data azione in giustizia amministrativa per soltanto ricordare l'astratta volontà di massima della legge⁸ e la sua mera soggettiva prospettazione⁹. *Pas d'intérêt, pas d'action*: l'interesse - si usa dire - è la misura

⁶ es. Cons. Stato, V, 1 ottobre 2010, n. 7270; IV, 12 ottobre 2010, n. 7443; V, 21 marzo 2011, n. 1734; IV, 27 luglio 2011, n. 4507; VI, 6 ottobre 2011, n. 5481; IV, 10 gennaio 2012, n. 16.

⁷ es. Cons. Stato, VI, 9 novembre 2011, n. 5927; IV, 22 novembre 2011, n. 6151; V, 7 febbraio 2012, n. 641.

⁸ es. Cons. Stato, V, 17 gennaio 2011, n. 203, secondo cui ai sensi degli art. 34, comma 3, e 124 Cod. proc. amm. e in conformità ai principi sull'interesse a ricorrere, non è ammissibile una pronuncia di mero accertamento di illegittimità di un atto amministrativo che non sia utile al conseguimento della tutela specifica o della tutela per equivalente.

⁹ V. per tutte, recentemente, Cons. Stato, Ad. plen., 3 febbraio 2014, n. 8 che ha ricordato: «*L'utilità o bene della vita cui aspira il ricorrente – in una giurisdizione che si caratterizza di diritto soggettivo e non oggettivo, e cioè di mera tutela della legalità dell'azione amministrativa – deve porsi in rapporto di prossimità, regolarità ed immediatezza*

dell'azione e dev'essere serio, reale, non banale. E usualmente l'effettiva consistenza dell'interesse forma oggetto di un accertamento preliminare e immanente, che rimane come possibile e anzi doveroso per tutto il processo.

È dunque inammissibile un'azione di mera iattanza, ovvero provocatoria (ad es. perché tesa a portare alla luce quanti tra i competitori hanno un serio interesse alla gara): perché l'utilità finale resterebbe sotto condizione di un'aggiudicazione futura e incerta¹⁰.

A guardare le cose dal punto di vista dell'aggiudicazione, questa riforma provvede mediante una tacita *fictio iuris*. Abilitando al ricorso immediato, dà per costituito l'interesse a ricorrere, quasi fosse avvenuto a quel riguardo un effetto di lesione al bene della vita: cioè come ad applicarvi – secondo lo schema proprio delle finzioni giuridiche – una fattispecie legale di costituzione della lesione medesima.

Il nuovo art. 120, comma 2-*bis*, Cod. proc. amm., senza dirlo¹¹, agisce così sul rapporto tra lesione, interesse a ricorrere e azione in giudizio. La formula mostra che gli atti relativi alla costituzione dei protagonisti della gara sono considerati automaticamente generatori di un distinto interesse a ricorrere: e così è data azione in quanto ne è presunto l'interesse. Il rapporto tra interesse a ricorrere e azione in giudizio è del resto consolidato in giurisprudenza ed era stato analiticamente ricostruito da Cons. Stato, Ad. plen., 27 gennaio 2003, n. 1 sull'impugnazione immediata dei bandi di gara.

Sempre dal punto di vista dell'aggiudicazione, la finzione giuridica opera – come spesso avviene - mediante una tacita presunzione assoluta: che è di lesività e che serve a dare attualità all'interesse a ricorrere. Si tiene luogo di una lesione effettiva ancora non prodotta del bene ultimo della vita, cioè della pretesa all'aggiudicazione: fattispecie che si avrebbe davvero soltanto o con l'esclusione o con la soccombenza finale nella gara. Insomma, per abilitare all'immediata impugnazione si attribuisce virtualmente concretezza e attualità a ciò che rappresenta una lesione ancora, nelle more del provvedimento conclusivo, solo indiziaria e potenziale, non già concreta ed effettiva.

Rispetto all'aggiudicazione, questa tecnica attualizza l'insorgenza del bisogno di giustizia, altrimenti ancora a venire. Per passarvi oltre, si opera sul concetto preesistente: *“l'interesse alla legittimità della procedura costituisce un aspetto ed un riflesso dell'interesse all'aggiudicazione, ed è anzi quest'ultimo che può fondare e sostenere il primo, sicché l'eventuale illegittimità della procedura acquista significato e rilievo soltanto se comporta il diniego di aggiudicazione, in tal modo ledendo effettivamente l'interesse protetto, di cui è titolare il soggetto che ha preso parte alla gara. Quanto [...] all'interesse protetto, o comunque alla situazione soggettiva di cui è titolare il partecipante alla gara, [...] il suo contenuto è costituito non dall'astratta legittimità del comportamento dell'amministrazione, ma dalla possibilità di conseguire l'aggiudicazione.*

causale rispetto alla domanda di annullamento proposta e non restare subordinata da eventi, solo potenziali ed incerti, dal cui verificarsi potrebbe scaturire il vantaggio cui mira il contenzioso introdotto». Analogamente v. Cons. Stato, V, 22 ottobre 2015, n. 4871. Già prima da ultime, v. ad es. Cons. Stato, IV, 24 settembre 2013, n. 4698; 18 dicembre 2013, n. 6082; 12 maggio 2014, n. 2403; 6 ottobre 2014, n. 4987.

¹⁰ Si rinvia per tutti a R. VILLATA, *Interesse ad agire (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1989, XVII e oggi in *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano 2015, 585 ss.. Da ultimo S. DE PAOLIS, *Le condizioni dell'azione davanti al giudice amministrativo*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di M.A. Sandulli, Milano 2013, 323 ss..

¹¹ mentre lo diceva espressamente lo schema di decreto legislativo sottoposto al parere del Consiglio di Stato, per il quale i vizi relativi alla ammissione o all'esclusione dalla gara *«sono considerati immediatamente lesivi»*.

L'aggiudicazione costituisce il bene della vita che l'interessato intende conseguire attraverso la gara; ed è il medesimo bene della vita che si intende conseguire attraverso la tutela giurisdizionale, nell'ipotesi di illegittimo diniego di aggiudicazione"¹².

Dunque - sempre a tener fermo il punto di vista del bene finale per cui si compete nella gara - il semplice *metus*, la posizione di chi ha solo a temere dagli effetti dell'altrui ammissione, ovvero il fatto della propria esclusione da una gara ancora da svolgersi (ipotesi, quest'ultima, variamente trattata in giurisprudenza¹³) sono qui convertiti in requisiti sufficienti perché il giudice possa essere investito. Si crea la base giustificativa per un'azione immediata che, da quell'angolazione, appare in prevenzione: per il mero timore di un *damnum nondum factum, quod futurum veremur*, come tradizionalmente è nell'azione di danno temuto (*damnum infectum*).

Fermo quanto detto, va anzitutto considerato che l'operazione non è del tutto nuova nella pratica, perché a risultati analoghi si è pervenuti in copiosa, vicina giurisprudenza. Ad esempio, da tempo si tende a ravvisare un'analoga equiparazione quando si tratta di impugnazione delle clausole del bando di gara immediatamente lesive degli interessi dell'aspirante¹⁴, collegandovi pregiudizievoli effetti decadenziali¹⁵. Paradigma giustificante è da lungo quello della sufficienza dell'*interesse strumentale*, dove l'azione in giudizio si giustifica anche se non ne consegue direttamente il bene della vita, ma solo l'opportunità, concreta, di conseguirlo. È il consolidato indirizzo sulla sufficienza dell'opportunità di futura riedizione dell'azione amministrativa con le *chances* che questa effettivamente incorpora: dove – guardando agli effetti anche ulteriori - la soddisfazione del ricorrente non risiede nella diretta acquisizione del bene della vita, bensì nella possibilità che il suo interesse possa utilmente trovare soddisfazione mediante la ripetizione del procedimento¹⁶.

Soprattutto, come si è accennato, questa formula di scorporamento ripete in qualche modo lo schema processuale di «*tutela anticipata*» dell'art. 129 Cod. proc. amm. sul giudizio contro le esclusioni dal procedimento preparatorio per le elezioni locali e regionali: dove la struttura bifasica del contenzioso vuole speditamente risolte in origine le questioni giudiziarie sulla titolazione alla

¹² Così testualmente la ricordata Cons. Stato, Ad. plen., 27 gennaio 2003, n. 1.

¹³ Per Cons. Stato, IV, 10 aprile 2002, n. 1925 è inammissibile l'impugnazione del solo atto di esclusione dalla gara, se meramente applicativo del bando, come l'impugnazione contestuale di bando ed esclusione se sono decorsi i termini per ricorrere contro il bando. Per Cons. Stato, VI, 19 ottobre 2012, n. 5389, l'interesse a ricorrere contro l'esclusione è configurabile *ex se* e non richiede la dimostrazione che l'esito della gara sarebbe stato sicuramente o probabilmente favorevole se il criterio di aggiudicazione è non automatico, perché il ricorrente ha interesse alla valutazione della sua offerta e dunque porta un *interesse strumentale* all'annullamento degli atti impugnati e alla rinnovazione della procedura, posto che dal rinnovo gli deriva una nuova *chance* di partecipazione e vittoria. Id., V, 4 marzo 2011, n. 1398.

¹⁴ es. Cons. Stato, IV, 11 febbraio 1998, n. 261; IV, 10 aprile 2002, n. 1925. I bandi di gara, se contengono clausole immediatamente lesive degli interessi degli aspiranti, devono essere immediatamente ed autonomamente impugnati: pertanto risultano inammissibili sia l'impugnazione rivolta solo contro il provvedimento di esclusione dalla gara, meramente esecutivo e applicativo del bando, sia l'impugnazione contestuale del bando stesso e dell'esclusione, ove siano decorsi i termini per il ricorso contro il bando.

Peraltro è stato sottolineato che la necessaria sussistenza dell'interesse implica che lo stesso sia valutato in concreto al fine di accertare l'effettiva utilità che può derivare al ricorrente dall'annullamento degli atti impugnati, così che deve essere dichiarata inammissibile (art. 35, comma 1, lett. b), Cod. proc. amm.) per carenza di interesse l'impugnazione dell'aggiudicazione di una gara pubblica, non afferente ad aspetti sostanziali o formali mirati alla rinnovazione della gara stessa, se da una verifica *a priori* (c.d. prova di resistenza, alla luce del successivo sviluppo procedimentale e secondo criteri di regolarità causale) non risulti con sufficiente sicurezza che l'impresa ricorrente possa risultare aggiudicataria in caso di accoglimento del ricorso (cfr. Cons. Stato, III, 17 dicembre 2015, n. 5696; 8 settembre 2015, n. 4209; 5 febbraio 2014, n. 571; V, 22 ottobre 2015, n. 4871; 14 aprile 2016, n. 1495).

¹⁵ Cons. Stato, V, 22 aprile 2004, n. 2310.

¹⁶ es. Cons. Stato, Ad. plen., 6 febbraio 1990, n. 1.

contesa elettorale, mettendone al riparo i successivi risultati. L'art. 129 però fa testuale riferimento ai «*provvedimenti immediatamente lesivi*» del diritto a partecipare al procedimento elettorale preparatorio. L'*immediata lesività* lì è correlata all'enunciazione legale di un *diritto* a partecipare, bene in sé che di suo precede la pretesa al bene della vita del risultato elettorale¹⁷.

La ricordata elaborazione giurisprudenziale che, in tema di procedure per i contratti pubblici, aveva dato vita a contenziosi a duplice sequenza vedeva la lesività immediata nella *lex specialis* di gara o nell'esclusione non automatica: ma pur sempre compiendo una valutazione ordinaria circa l'attualità dell'interesse a ricorrere, che faceva giungere ad apprezzarne la correttezza in proporzione alla ragionevole effettività delle *chances* di ottenere l'aggiudicazione¹⁸. Qui invece, ad avere riguardo al bene finale della vita, si opera sull'interesse futuro convertendolo senz'altro in interesse attuale, indipendentemente dall'effettività delle *chances*.

L'innovazione agisce dunque sulla condizione dell'azione intrinseca della domanda di giustizia e della giustificabilità della risposta giudiziaria: ma riflette per mano legislativa una tendenza all'ammissione pretoria di nuovi spazi di anticipazione dell'azione che ormai latamente si registra per esigenze di sicurezza giuridica connesse all'accelerata dinamica degli interessi economici in rapporto alle diverse tempistiche della giurisdizione.

All'allineamento tra le due risorse si vuol pervenire allargando le porte d'ingresso alla seconda. Il risultato è modellato in una costruita astrazione dall'effettività della lesione ultima, per modo da escludere, al momento dell'azione in giustizia, la valutazione in concreto della lesione medesima.

È così, grazie a questa attualizzazione e allo scorporamento di tutela giudiziale che ne segue, che si crea un modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza: dove questo nuovo

¹⁷ Per la codificazione, compiuta con l'art. 129, del principio dell'immediata impugnabilità degli atti del procedimento elettorale preparatorio, v. G. PELLEGRINO, *sub art. 129*, in A. QUARANTA e V. LOPILATO, *Il processo amministrativo*, Milano 2011, 1052 ss. e *sub art. 129*, in *Codice del processo amministrativo annotato con dottrina, giurisprudenza e formule*, a cura di R. GAROFOLI e G. FERRARI, Roma 2010. In precedenza, dopo alcune oscillazioni favorevoli all'immediata impugnabilità delle esclusioni di liste o di candidati pur se con necessità di reiterazione ad avvenuta proclamazione degli eletti (Cons. Stato, V, 3 aprile 1990, n. 322; V, 15 febbraio 1994, n. 92; Ad. plen., 24 luglio 1997, n. 15; V, 18 giugno 2001, n. 321), sopravvenne Cons. Stato, Ad. plen., 24 novembre 2005, n. 10, che esclude l'impugnazione, prima della proclamazione degli eletti, di atti endoprocedimentali riguardanti le operazioni elettorali. Analogamente Cons. Stato, V, 12 dicembre 2009, n. 7788, per cui gli atti endoprocedimentali del procedimento elettorale, anche se immediatamente lesivi (come l'esclusione delle liste), vanno impugnati entro trenta giorni dalla proclamazione degli eletti, sicché è inammissibile la loro impugnazione immediata; e Cons. Stato, VI, 29 maggio 2009, n. 3373. Ma Corte cost., 7 luglio 2010, n. 236, dichiarò l'incostituzionalità delle norme che causano la posticipazione dell'impugnabilità degli atti di esclusione di liste o candidati a un momento successivo allo svolgimento delle elezioni, che preclude la possibilità di una tutela giurisdizionale efficace e tempestiva di situazioni soggettive immediatamente lese; e precisò che si deve distinguere tra procedimento preparatorio alle elezioni, dove è inclusa la fase dell'ammissione di liste o di candidati, e procedimento elettorale, che comprende le operazioni elettorali e la successiva proclamazione degli eletti: sicché gli atti del procedimento preparatorio, come l'esclusione di liste o di candidati, debbono poter essere impugnati immediatamente, per assicurare piena tutela giurisdizionale, inclusa quella cautelare. Dal che l'art. 129 Cod. proc. amm..

¹⁸ sulla sufficienza dell'*interesse strumentale*, v. *ex multis* Cons. Stato, VI, 20 luglio 2011, n. 4390 che sottolinea che in tema di interesse all'impugnazione è sempre privilegiata una nozione estensiva, che ravvisa l'interesse anche dove, pur non potendo l'impugnazione perseguire una finalità pratica, residui un interesse quanto meno morale alla rimozione degli atti impugnati. Cons. Stato, V, 15 dicembre 2011, n. 6594 e VI, 8 maggio 2014, n. 2360 sempre sul c.d. interesse morale a ricorrere; Cons. Stato, V, 12 novembre 2012, n. 5711 sul caso del provvedimento tendenzialmente ripetitivo; Cons. Stato, III, 1 agosto 2013, n. 4039, sull'interesse strumentale alla mera riapertura del procedimento amministrativo per poter ottenere il bene della vita cui il ricorrente aspirava; similmente, sempre in termini di *interesse strumentale* alla riedizione del procedimento, Cons. Stato, V, 22 marzo 2012, n. 1641; 22 maggio 2012, n. 2947; il parere Cons. Stato, I, 26 febbraio 2013, n. 12466/12 sul caso di un regolamento comunale a immediati effetti lesivi. Analogamente, Cons. Stato, VI, 4 dicembre 2012, n. 6208. Sottolinea, peraltro, il rischio del fenomeno dell'*abuso del processo* Cons. Stato, V, 15 luglio 2013, n. 3829.

sottosistema accelerato viene disgiunto da quello successivo - che resta ampio e residuale - delle impugnazioni sulle modalità restanti o sull'esito oggettivo della gara.

A questo punto ci si può chiedere se l'esaminare questo tema da punto di vista del bene finale dell'aggiudicazione non sia restrittivo; e se questa innovazione in realtà non si rifletta, in termini sostanziali, sulla configurabilità di una pretesa sostanziale e autonoma circa il perimetro dell'insieme dei concorrenti. A ben vedere, infatti, questa costruzione appare lo specchio di un interesse alla legittima formazione dei concorrenti al successivo sviluppo procedimentale. Se, come spesso si afferma, l'interesse a ricorrere riflette in concretezza e attualità l'esistenza sostanziale di un interesse legittimo¹⁹, è lecito chiedersi se all'innovazione non corrisponda un autentico interesse legittimo che è alla giusta formazione della platea dei concorrenti alla gara, bene che ora diviene tutelabile autonomamente. L'utilità del fine contiene l'utilità del mezzo: se il mezzo è già sufficientemente utile, evidentemente corrisponde a un già presente interesse sostanziale alla legittimità di quella prima fase del procedimento. Il tema investe la ragione, la natura e la stessa effettività della tutela giurisdizionale amministrativa.

4. segue: la questione dell'improcedibilità sopravvenuta.

Ad arrestarsi alla configurazione processuale, la finzione concerne il tempo dell'introduzione dell'azione. Se poi in corso di causa un fatto esterno vi andrà a incidere e farà altrimenti venir meno l'utilità del ricorso anticipato (ad es., l'aggiudicazione allo stesso ricorrente), l'azione potrà divenire improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse perché ormai incapace di portare un distinto vantaggio al ricorrente, meglio soddisfatto col bene finale²⁰. Il giudice recupererà il potere di vagliare d'ufficio la persistenza dell'interesse al ricorso, che come condizione dell'azione deve sussistere fino al tempo della decisione²¹.

4. segue: la razionalizzazione del processo in materia di gare pubbliche e la nuova regola “ora o mai più”.

Il nuovo dato più incisivo è che la presunzione di cui si è detto opera finì ad essere poi preclusiva. E, secondo gli auspici, in senso deflattivo, per razionalizzare il processo in materia di gare pubbliche depotenziando l'invalsa tattica dei ricorsi incidentali strumentali. Il nuovo dispositivo si incentra – con carattere di onere per questa azione anticipata - sulla regola “ora o mai più”, *aut nunc aut numquam*. La mancata impugnazione di tali provvedimenti negli stretti termini ora stabiliti preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti della procedura di gara, anche con ricorso incidentale. La configurazione dell'azione per presunzione legale non solo anticipa, ma anche assorbe senza rimedi l'utilità pratica dell'insorgere successivo della lesione effettiva: negandole efficacia, preclude l'utilità del manifestarsi effettivo dell'interesse a ricorrere e così la possibilità di una rimessa in discussione della legittimazione a partecipare alla gara.

¹⁹ Pur distinguendosene, secondo la prevalente opinione: R. VILLATA, *Interesse ad agire*, cit., 2.

²⁰ In materia elettorale, v. ad es. Cons. Stato, V, ord. 23 ottobre 2014, n. 5255, secondo cui l'attribuzione legale della legittimazione straordinaria a proporre azioni popolari, non esime il giudice dell'accertamento della permanenza dell'interesse ad agire: perciò il completamento del periodo di durata dell'organo elettivo rende improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso proposto da candidati non eletti.

²¹ es. Cons. Stato, IV, 27 novembre 2010, n. 8350; 21 dicembre 2010, n. 9323; 6 ottobre 2014, n. 4987.

Perciò, vuole il legislatore, se il semplice pericolo di lesione futura è stimato sufficiente per agire in giudizio, si agisca ora o si taccia per sempre.

In questo contesto, l'ulteriore presunzione prevista dalla disposizione, quella di conoscenza per effetto «*della pubblicazione [...] sul profilo del committente della stazione appaltante*» segna il *dies a quo* dello stretto termine decadenziale per questa particolare impugnazione e funge da messa in guardia verso l'eventuale inoppugnabilità per acquiescenza decorsi i trenta giorni. È una responsabilizzazione che opera mediante un avviso pubblico informatico. Le imprese così sono sollecitate a vigilare quel profilo internet.

Al fine di definire concretamente detto *dies a quo* per proporre il ricorso anticipato, la disposizione richiama espressamente l'art. 29 (*Principi in materia di trasparenza*) del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni. L'art. 29 prevede che sono pubblicati «*nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e l'ammissione all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali*».

È il caso di sottolineare la necessità dell'adeguatezza dei contenuti di questa pubblicazione perché la conoscenza possa ritenersi *piena* agli effetti dell'art. 41, comma 2, Cod. proc. amm.. Da un lato occorre rammentare che la giurisprudenza esclude che la pienezza della conoscenza possa essere desunta da semplici presunzioni e richiede elementi univoci e sicuri che rendano certo, e non semplicemente probabile, che in un determinato momento l'interessato abbia avuto cognizione dell'atto²²; da un altro lato che nel processo amministrativo a integrare la piena conoscenza, il cui verificarsi causa il *dies a quo* per proporre ricorso, è la percezione non solo dell'esistenza di un provvedimento amministrativo, ma anche degli aspetti che ne manifestano la lesività per il potenziale ricorrente, così rendendo percepibile l'attualità dell'interesse ad agire²³: il che, in questo caso di lesività che la legge vuole come presunta, porrà questioni particolari. Del resto, un diritto di azione non è ragionevolmente esercitabile senza la piena conoscenza di quanto si presume lesivo: si dovrebbe allora figurare che, per l'impugnazione dell'altrui ammissione, l'ammissione stessa è comunque lesiva per il concorrente. Né si possono adeguatamente sviluppare motivi di impugnazione "al buio", cui si rimedierebbe solo con un frazionamento della domanda mediante atto di motivi aggiunti presentato dopo aver esperito – e fruttuosamente – un accesso agli atti. Una simile concatenazione frustrerebbe lo scopo acceleratorio e deflattivo alla base di questa riforma, finendo per negarne l'utilità. Problematiche questioni si possono porsi riguardo alla conoscenza della motivazione di esclusione che per l'art. 76 (*Informazione dei candidati e degli offerenti*) può seguire di ben quindici giorni l'apposita richiesta, anche ricordando se secondo il prevalente indirizzo giurisprudenziale, la motivazione dell'atto non è un elemento necessario per la sua *piena conoscenza* in questione²⁴.

Il tema è connesso anche a quelli della digitalizzazione delle procedure di cui all'art. 44, all'accesso agli atti di cui all'art. 53, che riguarda anche «*le candidature*», e alla redazione e modalità di pubblicazione degli avvisi di cui all'art. 72.

²² es. Cons. Stato, V, 14 aprile 1993, n. 490; IV, 25 maggio 1993, n. 5639.

²³ Cons. Stato, IV, 12 febbraio 2013, n. 844; 17 luglio 2013, n. 3881; 9 gennaio 2014, n. 36; 4 marzo 2014, n. 999.

²⁴ es. Cons. Stato, VI, 21 maggio 2007, n. 2543; 22 aprile 2008, n. 1853; 31 marzo 2011, n. 2006; 2 settembre 2011, n. 4973.

5. segue: la questione del ricorso incidentale nei due processi.

Uno degli effetti pratici più significativi recati da questa innovazione è nella incidenza sulla realtà del c.d. ricorso incidentale escludente.

È noto come seguendo i principi di cui a Cons. Stato, Ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4 si sia definitivamente affermata la regola – risalente a Cons. Stato, VI, 6 marzo 1992, n. 159 - per cui l'esame del ricorso incidentale che contesta la legittimazione del ricorrente principale confutando la sua ammissione alla gara, deve ordinariamente precedere l'esame del ricorso principale. Non è valsa a contenerne gli effetti di sistema la mitigazione indotta – sulla scorta delle “direttive ricorsi” 89/665/CEE e 2007/66/CE – da CGUE, 4 luglio 2013, n. 100/12 (Soc. Fastweb c. Asl Alessandria) e dalla conseguente Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, con le sue considerazioni sul principio di “parità delle armi” e il riferimento alla simmetria delle esclusioni, che assume che il ricorso incidentale vada esaminato prima del ricorso principale solo se a carattere escludente perché contesta la legittimazione a ricorrere del ricorrente principale; mentre vada esaminato dopo se censuri valutazioni e operazioni di gara sul presupposto della regolare partecipazione del ricorrente principale. Ma non basta: la stessa “giurisprudenza Fastweb”, lungi dal risolvere questo stato di cose, lo ha aggravato imponendo l'esame di tutti i motivi reciprocamente sollevati.

Recentissima è poi una decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sui rapporti, nelle gare ‘a tre’, fra ricorso principale e incidentale escludente, a favore dell'esame prioritario del primo²⁵.

La regola dell'esame prioritario del ricorso incidentale escludente era stata definita in stretto punto di diritto: un ordine del decidere informato a logica (cfr. art. 276, secondo comma, Cod. proc. civ.) ed economia del processo richiede che le questioni preliminari precedano quelle di merito, e che tra queste ultime quelle sui presupposti processuali precedano quelle sulle condizioni dell'azione.

Nondimeno, l'esperienza impone di registrare, per l'impatto organizzativo sulla giustizia amministrativa, l'uso ormai smisurato del ricorso incidentale escludente nelle controversie in tema di contratti pubblici. È una delle principali ragioni del rallentamento dell'azione amministrativa in questo ambito, la cui funzione di fondo è quella, essenziale per lo sviluppo, dell'approntamento di beni e servizi strumentali al sistema economico nazionale. Il peso di questo fenomeno conduce all'exasperazione per cui la logica della valutazione del titolo all'ingresso del *micromercato* finisce, distorsivamente, per prevalere sull'utilità generale del mercato complessivo.

L'innovazione di cui trattiamo intende rimediare a questa torsione negativa per la generalità, anche nella considerazione della limitatezza quantitativa della risorsa giurisdizionale.

Da questo punto di vista, la presunzione assoluta di insorgenza virtualmente immediata dell'interesse a ricorrere, conduce non solo alla successiva non configurabilità di un ricorso incidentale escludente a valle dell'impugnazione principale dell'aggiudicazione, com'è testualmente detto al comma 2-bis, penultimo periodo («*L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche*

²⁵ : CGUE, 5 aprile 2016 in causa C-689/13, a tenore della quale le “direttive ricorsi” (89/665/CEE e 2007/66/CE) ostano a che un ricorso principale proposto da un offerente che abbia interesse all'aggiudicazione di un appalto e che sia stato o rischi di venir leso da una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o di 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 di detto altro offerente.

con ricorso incidentale»); ma, probabilmente, 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.

Va considerato infatti che l'interesse a proporre un ricorso incidentale sorge soltanto per effetto dell'avvenuta proposizione del ricorso principale (art. 42, comma 1, Cod. proc. amm.: «*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*»). Qui la presunzione assoluta e generalizzata di interesse a ricorrere per tutti i concorrenti anticipa figurativamente questa insorgenza dell'interesse a ricorrere "escludente" al momento ufficiale della conoscenza di quell'ammissione. Sicché la medesima ragione che preclude una reiterazione nel tempo dell'interesse a ricorrere, che si è vista per il primo ricorso, preclude una reiterazione per quello che altrimenti sarebbe un ricorso incidentale. Anche per l'impresa di cui si contesta la legittimazione alla gara opera da subito la presunzione di interesse a contestare in giudizio l'ammissione dell'impresa che muove questa contestazione. In forza della presunzione, simile, simmetrico e simultaneo è il loro interesse alla reciproca esclusione: e questo, per virtuale che sia, tiene ormai luogo di ogni altra effettiva, successiva insorgenza di utilità a quei medesimi riguardi.

In termini pratici segue che l'impresa che immagina un'altrui contestazione della propria legittimazione alla gara dispone, per muovere una simmetrica contestazione in giustizia, dello stesso termine di trenta giorni per ricorrere e dal medesimo *dies a quo*. E il suo – se segue l'altro – non sarà comunque un ricorso incidentale, ma un ricorso formalmente autonomo: anche se, appunto, in risposta a un ricorso senza il quale non lo avrebbe mosso e comunque a quello stesso connesso.

Diversa, naturalmente, e conforme agli schemi usuali è la prospettazione per quanto concerne l'appello incidentale, perché oggetto di impugnazione nell'appello è anzitutto la sentenza di primo grado e l'appello incidentale trova base sull'avvenuta proposizione dell'appello principale per preservare le utilità acquisite con la prima sentenza²⁶.

6. La presunzione di non lesività di alcuni atti procedurali.

Il comma 2-bis si conclude enunciando che è altresì «*inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività*».

Così la riforma, riguardo ad atti endoprocedimentali non lesivi e proposta di aggiudicazione, introduce una presunzione di non lesività mediate l'inammissibilità della loro impugnazione. Il parere del Consiglio di Stato sullo schema di decreto legislativo la stimava superflua, trattandosi di regola generale e consolidata del processo amministrativo trattandosi di atti a lesività non immediata: il che sarebbe stato sufficiente a rendere comunque inammissibile la loro impugnazione giurisdizionale. Ma la previsione è rimasta.

Resta comunque che per questi atti endoprocedimentali la lesività non immediata potrà un domani essere sostituita da una lesività sopravvenuta insieme alla lesività di un provvedimento. La sopravvenienza del provvedimento lesivo sarà cioè utile ai fini dell'impugnazione. L'eccezione non può che valere *medio tempore* e essere di stretta interpretazione.

²⁶ Cons. Stato, VI, 6 giugno 2013, n. 5852; Cons. Stato, V, 3 febbraio 2015, n. 497 e gli artt. 96, comma 2, Cod. proc. amm. e 334 Cod. proc. civ..

7. Verso un'azione di diritto obiettivo ? La prova di costituzionalità.

A voler tenere ferma l'angolazione dal punto di vista del bene finale dell'aggiudicazione, ci si può domandare se questa nuova tecnica legislativa che costruisce un interesse a ricorrere virtuale che tiene luogo di, e priva di effetti, quello effettivo non orienti, eccezionalmente, verso una formula di giurisdizione di ordine oggettivo: un'azione in realtà senza interesse, attribuita a un privato fatto *ad hoc* portatore non di interessi diffusi però attuali, ma di un interesse – in realtà – meramente individuale e ancora ipotetico.

Si potrebbe osservare che altre volte il legislatore ha costruito una legittimazione straordinaria a ricorrere (ad es., quella delle associazioni ambientaliste, ai sensi dell'art. 13 l. 8 luglio 1986, n. 349 o dell'art. 9, comma 3, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267): ma lo ha fatto per definire, in casi di loro incerti come quelli dei c.d. interessi diffusi o collettivi, il perimetro di chi ha la qualità ufficiale per ricorrere al giudice e senza prescindere dall'attualità di un'effettiva lesione. Qui invece si pone una finzione giuridica per l'interesse a ricorrere, vale a dire per l'elemento fondante il c.d. bisogno di giustizia in un sistema che è di giurisdizione soggettiva. Ci può essere infatti un vantaggio potenziale dall'annullamento dell'altrui ammissione; ma non è ancora detto che questa sia davvero pregiudizievole per il conseguimento dell'aggiudicazione.

In questi termini qualcuno in principio potrebbe avanzare dubbi rispetto agli artt. 24, primo comma («*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*») e 113, primo comma, Cost. («*Contro gli atti della Pubblica Amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa*»). Mentre è dato, per esigenze di certezza, costruire legittimazioni straordinarie, potrebbe non esser dato figurare lesioni che in realtà sono inattuali e astratte: come riconoscere fittiziamente a chi non ne subisce o non ne ha subite ancora.

Può essere tuttavia opposto a tali dubbi che, come si è visto, qui si è implicitamente raffigurato un vero e proprio interesse legittimo, di nuovo conio, alla giusta formazione della platea dei concorrenti in gara.

Non solo: qui l'attribuzione anticipata dell'interesse a ricorrere non coinvolge anche la legittimazione al ricorso, cioè la qualità di titolare dell'azione davanti al giudice amministrativo; e comunque postula l'avvenuta presentazione di una domanda di partecipazione alla gara, fatto che è di radicamento individuale e differenziato rispetto all'estraneo alla vicenda amministrativa²⁷.

8. Criticità. Un rito specialissimo, i rischi di giudizi sommari.

Le innovazioni della struttura processuale complementari al comma 2-*bis* dell'art. 120, introducono scansioni e atti di un rito *specialissimo* o, come dice il parere del Consiglio di Stato sullo schema di decreto legislativo, *superspeciale*: dove, per lo stretto contenimento temporale della dialettica delle parti e della risposta del giudice, non è remoto un rischio di giudizi avvertibili come sommari.

²⁷ per la rammentata Cons. Stato, Ad. plen., 27 gennaio 2003, n. 1 la presentazione della domanda di partecipazione alla gara attesta la sussistenza dell'interesse concreto all'impugnazione immediata delle clausole del bando ritenute lesive. Così ora la medesima presentazione attesta questa lesività anticipata rispetto al bene finale.

È anzitutto un rito *specialissimo*: si inserisce come schema speciale nel contesto del già speciale “rito appalti” dell’art. 120²⁸. Il quale già di suo rappresenta un procedimento speciale all’interno dei già speciali *riti abbreviati* dell’art. 119.

Questo profilo riflette una tendenza all’episodicità di interventi legislativi sul processo e alla moltiplicazione dei riti che già caratterizza, con alterne vicende, il processo civile e il processo penale e che nel processo amministrativo recentemente aveva toccato, ancora una volta, lo stesso ‘rito appalti’²⁹. È innegabile che generi insicurezze e contrasti la funzione propria della *codificazione*: in specie del processo amministrativo, compiuta con il d.lgs. n. 104 del 2010, e i suoi obiettivi di semplificazione normativa, organicità e stabilizzazione, fattori primari di sicurezza giuridica. Se si constata che in buona parte le odierne innovazioni rappresentano una contrazione dei tempi e dei termini già riaccurciati dall’intervento del 2014, sorgono poi questioni circa il previo vaglio di effettività di quelle stesse recenti innovazioni: che avrebbe portato al confronto con le opposte iniziative sulla consistenza delle dotazioni di magistrati e con le difficoltà organizzative nel mantenere i livelli temporali di risposta già allora figurati.

In termini di configurazione complessiva, portando al massimo gli obiettivi di concentrazione e immediatezza processuale già propri del - più volte così novellato in senso acceleratorio - “rito appalti”, con il comma 6-*bis* si introducono ritmi e modelli di provvedimento finalizzati, piuttosto che all’accurata ricerca di rassicurazioni sostanziali, alla comunque più celere formazione di un formale giudicato sulla platea dei concorrenti alla gara: per sgombrare quanto prima la procedura di gara da insicurezze sui soggetti e consentirne il pacifico, o meglio pacificato, sviluppo. L’accelerazione che così imprime è dunque essenzialmente funzionale a uno sviluppo successivo della gara sgombrato da questo genere di contese.

L’obiettivo è peraltro di massima meritevole e, di suo, merita condivisione; come merita condivisione la finalità pratica di deterrenza e disincentivazione delle liti formalistiche che con danno generale affollano la giustizia amministrativa.

L’esigenza per il macro-mercato della sollecita realizzazione delle opere previste o delle prestazioni di servizi è fatta superiore, perché tocca gli interessi della generalità. Sicché il polo dell’efficienza recupera su quello della garanzia, fiaccando le liti di puro ripiego formalistico.

Tuttavia, per le controversie più serie, non è fuor di luogo paventare che la sicurezza giuridica del caso concreto possa andare a sopravanzare la certezza generale delle situazioni, che pure d’ordinario la compone; e che il prezzo dell’efficienza vada a carico della reale dialettica delle parti e dell’approfondimento partecipativo, che nel giudizio proiettano la verifica degli ingressi nel micro-mercato della gara di cui in esordio si è detto.

Queste criticità sono fatalmente connesse alla realtà limitata della risorsa-giustizia.

Così, se è vero che si salvaguardano le scansioni dialettiche con le reciproche opportunità processuali delle parti (non ricorre il caso canonico del *procedimento sommario*, “*simpliciter et de plano*”), la tempistica è ora fatta talmente stretta da rendere la garanzia prevalentemente formale. Da tanta compressione dei tempi può soffrire l’effettività sostanziale del contraddittorio: non mera facoltà formale di *contra dicere*, dire in senso contrario; ma – come ormai è concezione acquisita nei sistemi processuali - anche capacità di replicare e reagire adeguatamente, prevenire posizioni

²⁸ Cons. Stato, Ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10.

²⁹ da ultimo con l’art. 40 d.-l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modd. dalla l. 11 agosto 2014, n. 114: su cui v. G. CARLOTTI, *L’appello nel rito degli appalti*, in *Treccani. Libro dell’anno del Diritto 2015*, Roma 2015, 698 ss..

sfavorevoli, svolgere un effettivo e persuasivo ruolo attivo nel processo e davvero partecipare alla formazione consapevole della miglior decisione. Per una buona giustizia, l'adeguatezza dev'essere proporzionale a tempi di respiro ragionevoli per approntare le allegazioni e le argomentazioni di parte, come dal lato del giudice per bene elaborare la motivazione della decisione. Dal che non poche preoccupazioni sulla congruenza di queste nuove scansioni per l'effettività dei compiti di difesa e il rischio di giudizi che possano essere avvertiti come sommari.

Potrebbe così non essere fuor di luogo considerare che il principio di effettività della tutela giurisdizionale e il principio della ragionevole durata del processo, convenzionale (art. 6 CEDU) e costituzionale (art. 111, secondo comma, Cost. dopo l'art. 1 l. cost. 23 novembre 1999, n. 2), potrebbero esser chiamati a temperare, nei casi dubbi, l'eccessiva brevità dei termini processuali quando, per incongruenza con il principio del contraddittorio, questi comprimano oltre misura l'esplicazione del diritto di difesa, con cui il primo va correlato³⁰, o menomino senza giustificazione la credibilità e la funzione cognitiva del processo. Il che riflette anche il principio eurounitario – rammentato dal parere del Consiglio di Stato sullo schema di decreto legislativo, seppure circa la piena conoscenza per impugnare - per cui i ricorsi nella materia debbono essere *efficaci* (oltre che quanto più *rapidi* possibili) a norma delle “direttive ricorsi”: precisamente, dell'art. 2 della direttiva 665/89/CEE come sostituito dalla direttiva 2007/66/CE.

È facile del resto prevedere che mentre gli ormai strettissimi termini processuali a carico delle parti porteranno con sé i conseguenti effetti decadenziali e non potranno che essere effettivi, non altrettanto potrà sempre avvenire per gli angusti tempi di fissazione dell'udienza, per quelli sincopati di rinvio (pare si ignori come si compongono i collegi, specie d'appello) o per quelli di formazione della decisione. Tutte le cose hanno un loro tempo, dice un'antichissima saggezza: ma non pare che qui se ne tenga gran conto³¹.

Si aggiungano alcuni dubbi tecnici o indeterminatezze insisti nella lettera della disposizione. Ad esempio, circa la sintetica previsione della possibile *passerella* tra camera di consiglio e udienza pubblica, gettata a salvaguardia del principio convenzionale di pubblicità dei giudizi. Non è chiaro per opera di chi si possa manifestare la «*richiesta delle parti*», del secondo periodo del comma 6-*bis*. Una funzione di garanzia suggerirebbe come sufficiente la richiesta di una parte, ma la norma parla di «*richiesta delle parti*», non «*di parte*». Prima ancora, il fatto che il giudizio debba essere «*definito in una camera di consiglio*» (salva, appunto, la conversione a richiesta in udienza pubblica), sembra porre non solo l'obbligo di definizione all'esito dell'udienza cautelare *ex art. 60* Cod. proc. amm., ma anche che la discussione di merito debba essere in principio fissata per una camera di consiglio, similmente ai c.d. riti camerale (es. silenzio, accesso, ottemperanza, giurisdizione e competenza, correzione di errore materiale, ecc.). La forma della “definizione” deve essere comunque una sentenza³².

³⁰ cfr., seppur incidentalmente, Corte cost., 9 febbraio 2001, n. 9.

³¹ cfr. M.A. SANDULLI, *Il tempo del processo come bene della vita*, relazione al convegno di studi amministrativi su *Diritto amministrativo ed economia: una sinergia per la competitività del Paese*, Varenna 18-20 settembre 2014, in www.federalismi.it.

³² Non basta un'ordinanza, resa dalla legge idonea a passare in giudicato: come invece per l'art. 702-*quater* Cod. proc. civ. nel procedimento civile sommario di cognizione (introdotto dall'art. 51 l. 18 giugno 2009, n. 69).

9. segue: il comma 8-ter e i presupposti della decisione cautelare. Le esigenze imperative connesse a un interesse generale alla esecuzione del contratto.

Novità particolari reca poi il comma 8-ter sui presupposti e i contenuti della decisione cautelare. Va considerato da un lato che l'innovazione riguarda in genere le controversie dell'art. 120, comma 1, cioè tutte le controversie contro atti di procedure di affidamento relativi a pubblici lavori, servizi o forniture e i «*connessi provvedimenti*» dell'Autorità nazionale anticorruzione; dall'altro che, come rileva il parere del Consiglio di Stato sullo schema di decreto legislativo, quanto al rito anticipato previsto per le ammissioni e le esclusioni, «*la tutela cautelare diventa, di fatto e nella ordinarietà dei casi, superflua, attesi i tempi strettissimi in cui si perviene alla decisione di merito, di cui può anche essere anticipata la pubblicazione del dispositivo. Sicché la funzione anticipatoria che è propria e tipica della tutela cautelare non troverà ordinariamente possibilità di pratica esplicazione*».

Nella decisione cautelare il giudice deve ora tener conto delle late previsioni circa l'inefficacia del contratto pubblico (art. 121, comma 1, e 122) e motivare in ordine alla sussistenza di «*esigenze imperative connesse a un interesse generale alla esecuzione [...] del contratto*»³³.

Ferma l'osservazione testé fatta sulla superfluità della cautela per il giudizio anticipato, naturalmente non può il giudice, nel caso del giudizio anticipato di cui si è detto, prendere in considerazione una casistica riconducibile all'art. 121, comma 1 (sulle «*gravi violazioni*») se ancora di tratta di ipotesi a venire o all'art. 122 (sui violazioni residue) quando si presuppone l'avvenuta stipulazione del contratto (es. per il riguardo allo «*stato di esecuzione del contratto*»).

Quanto alle «*esigenze imperative connesse a un interesse generale*», si tratta di espressione di matrice giurisprudenziale comunitaria, sorta per indicare eccezioni non scritte al principio di libera circolazione delle merci. Poi è passata, per il tramite della direttiva 'servizi' del 2004³⁴, della direttiva ricorsi³⁵ e ora delle direttive del 2014³⁶, al diritto dei contratti pubblici, e così già figura all'art. 121, comma 2, Cod. proc. amm. come limite espresso alla naturale dichiarazione di inefficacia del contratto in presenza di «*gravi violazioni*» (la disposizione offre una casistica, seppur aperta, di qualificazioni come «*esigenze imperative*»)^{37 38}.

³³ Per refuso, nel testo licenziato dal Consiglio dei ministri tra «*esecuzione*» e «*del contratto*» è rimasta la parola «*contrattuali*» (da: «*prestazioni contrattuali*», di cui parlava il testo originario). La parola, oramai ridondante, va tenuta in non considerazione.

³⁴ Direttiva 2004/18/CE, art. 45.

³⁵ v. ad es. il considerando 22 della Direttiva 2007/66/CE, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici: «*non rimettere in discussione il contratto o di riconoscerne in parte o in toto gli effetti nel tempo quando, nelle circostanze eccezionali della fattispecie, ciò sia reso necessario per rispettare alcune esigenze imperative legate ad un interesse generale*». Analogamente i considerando 22 e 23 e gli artt. 2 e ss..

³⁶ v. il considerando n. 69 alla Direttiva 2014/23/UE (contratti di concessione), dove si parla di «*esigenze imperative di interesse generale [che] rendano indispensabile l'aggiudicazione di un contratto*»; il considerando n. 100 alla Direttiva 2014/24/UE (appalti pubblici), che parla di «*esigenze imperative di interesse generale [che] rendano indispensabile l'aggiudicazione di un appalto*»; il considerando n. 105 alla Direttiva 2014/25/UE (settori speciali) che parla di «*esigenze imperative di interesse generale [che] rendano indispensabile l'aggiudicazione di un appalto*».

³⁷ L'art. 125, comma 2, Cod. proc. amm., sulla tutela cautelare nelle controversie per infrastrutture strategiche, si riferisce con altre parole ad analogo concetto quanto stabilisce che in sede cautelare «*si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera [...]*». La disposizione ripete l'art. 14 d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190 (Attuazione della legge 21 dicembre 2001, n. 443, per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale), posto in sede di attuazione della c.d. 'legge obiettivo'.

³⁸ La formula è altresì ripresa e specificata da disposizioni di settore: ad es., dall'art. 9, comma 2-sexies, d.-l. 12 settembre 2014, n. 133 (*Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la*

L'espressione, di ritornante utilizzazione, è qui ripresa dall'art. 1, comma 1, lett. aaa) della legge di delega n. 11 del 2016, con il principio e criterio direttivo in base al quale «*al fine di garantire l'efficacia e la speditezza delle procedure di aggiudicazione ed esecuzione dei contratti relativi ad appalti pubblici di lavori, previsione, nel rispetto della pienezza della tutela giurisdizionale, che, già nella fase cautelare, il giudice debba tener conto del disposto dell'articolo 121, comma 1, del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, e, anche nelle ipotesi di cui all'articolo 122 e nell'applicazione dei criteri ivi previsti, debba valutare se il rispetto di esigenze imperative connesse a un interesse generale possa influire sulla misura cautelare richiesta*».

Su queste basi, si deve osservare che:

- anzitutto, la norma di delega riferisce questo parametro alle procedure circa i «*contratti relativi ad appalti pubblici di lavori*». Può presentare criticità, rispetto ai limiti dell'art. 76 Cost., che possa essere esteso ai contratti relativi ad appalti pubblici di servizi e alle concessioni;
- ferma ancora l'osservazione sulla superfluità della cautela per il giudizio anticipato, pare comunque dubbio che il riferimento alle «*procedure di aggiudicazione ed esecuzione dei contratti*» implichi l'automatica estensione al processo anticipato: anche per l'evidenziata irragionevolezza del rapporto con elementi di violazione ancora futuri e incerti quali quelli degli art. 121, comma 1, e 122.

Quanto al contenuto sostanziale da riconoscere nella «*esigenze imperative connesse a un interesse generale alla esecuzione del contratto*», non può che essere – per naturale coerenza del corpo normativo - quello del ricordato art. 121, comma 2.

Quanto all'incidenza rispetto ai temi dedotti nella controversia, è qui solo il caso di rammentare che la matrice giurisprudenziale comunitaria³⁹ intende con quell'ellittica espressione⁴⁰ un parametro di riferimento per un adeguato controllo di proporzionalità: per il quale sovente si rinvia al paradigma di giudizio della *rule of reason*, dunque a una necessaria proporzionale contestualizzazione con la situazione generale.

La portata più incisiva dell'innovazione si ha riguardo ai casi di violazioni residuali di cui all'art. 122. Ora anche in quei casi (non più solo nei gravi casi dell'art. 121) queste esigenze

digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive), c.d. 'sblocca Italia', come convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164, a norma del quale «*Costituiscono esigenze imperative connesse a un interesse generale ai sensi dell'articolo 121, comma 2, del codice del processo amministrativo [...], quelle funzionali alla tutela dell'incolumità pubblica. [...] il tribunale amministrativo regionale, nel valutare l'istanza cautelare, può accoglierla unicamente nel caso in cui i requisiti di estrema gravità e urgenza previsti dall'articolo 119, comma 4, del citato codice [...] siano ritenuti prevalenti rispetto alle esigenze di incolumità pubblica evidenziate dalla stazione appaltante. [...] il tribunale amministrativo regionale fissa la data di discussione del merito del giudizio ai sensi del medesimo articolo 119, comma 3, del codice di cui all'allegato 1 al decreto legislativo n. 104 del 2010*»). L'emendamento governativo recepito in questo art. 9, comma 2-sexies trae origine dalla pendenza di ricorso per i lavori di messa in sicurezza del fiume Bisagno (Genova). L'intenzione dichiarata era di impedire che un ricorso amministrativo potesse essere causa di ritardo dei cantieri e di far prevalere l'interesse generale all'incolumità sulle rivendicazioni delle imprese soccombenti nella gara.

³⁹ È il noto caso del liquore *cassis de Dijon*: CGCE, 20 febbraio 1979 in causa C-120/78 - *Rewe / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, affermò che queste esigenze potrebbero costituire un accettabile limite non scritto alla libera circolazione delle merci.

⁴⁰ in francese l'espressione «*exigences impératives*» è nella direttiva ricorsi del 2007 promiscua a «*raisons impérieuses*» e nelle direttive del 2014 entrambe promiscue a «*exigences impérieuses*»; in inglese si è passati da «*mandatory requirements*» a «*overriding reasons*» nella direttiva ricorsi del 2007 e a «*overriding requirements*» promiscuo a «*overriding reasons*» nelle direttive del 2014.

«imperative» - cioè in concreto imperiose, prioritarie, prevalenti, dominanti per l'importanza dell'interesse generale che concretamente rappresentano e che qui il (solo) legislatore delegato collega all'esecuzione del contratto - vanno prese in considerazioni dal giudice cautelare e comunque esternate nel suo provvedimento.

L'espressione «*interesse generale all'esecuzione del contratto*» non deve indurre in errore. A ben vedere, si tratta di un interesse il cui oggetto da dover prendere in valutazione non è il fatto in sé dell'esecuzione, quale che ne sia la ragione o lo scopo; ma l'oggetto o la finalità dell'esecuzione stessa, che soltanto può concretare l'interesse «*generale*». Nulla afferma che il fatto mero dell'esecuzione sia, di suo, corrispondente all'interesse della generalità. Non solo: la legge delega non precisava che l'«*interesse generale*» dovesse essere rapportato «*all'esecuzione del contratto*» (il che di suo pone autonome questioni di rispetto dei limiti dell'art. 76 Cost.).

L'interesse «*generale*», si sa, è altra cosa dall'interesse *pubblico*, qui in particolare l'interesse dell'amministrazione appaltante alla realizzazione dell'opera. Ad esempio sono «*interesse generale*» - alla luce della giurisprudenza europea in rapporto agli artt. 43 e 49 del Trattato - la cura dell'ordine o della sicurezza pubblica, della difesa nazionale, della salute, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e così via; o, come espressamente qualifica l'appena ricordato art. 9 d.-l. n. 133 del 2014, quelle di tutela dell'incolumità pubblica. Proprio per il diritto eurounitario soltanto l'interesse *generale* (non l'interesse *pubblico*) può in concreto essere tale da prevalere come «*esigenza imperativa*» sulle garanzie della concorrenza e dell'accesso al mercato: dalla libera circolazione delle merci, a - qui - la riparazione delle illegittimità nelle gare pubbliche⁴¹. E certo interesse generale è anche quello all'effettività ed efficacia della giurisdizione, inclusa la pienezza di tutela, con cui quest'altro va in concreta comparazione. Insomma, perché una «*esigenza imperativa*» possa prevalere, deve consistere in altro che non la mera realizzazione del contratto e corrispondere a un interesse della generalità che in concreto si dimostri non solo esistente, ma anche particolarmente intenso. Diversamente, si arriverebbe al paradosso, facilmente sospettabile di incostituzionalità e di manifesto contrasto sia con la CEDU che con le eurounitarie “direttive ricorsi”, per cui la tutela giurisdizionale sarebbe sempre e comunque subalterna alla realizzazione dei contratti pubblici.

Resta comunque aperta la questione – a parte le qualificazioni dell'art. 121, comma 2 – della consistenza materiale di queste «*esigenze imperative*», cioè – più brevemente – di queste prevalenti necessità di interesse generale: come e quando sorgano, come il giudice ne acquisisca la conoscenza, quando diventino rilevanti e quando dominanti. È inutile dire delle difficoltà per formulare il giudizio di proporzionalità, specie *prima facie*.

Parimenti, da un punto di vista generale va considerato che queste «*esigenze imperative*» non possono – a prezzo della vanificazione del rilievo costituzionale della tutela cautelare, essenziale strumento processuale verso atti immediatamente esecutivi⁴², così come del contrasto della “direttiva ricorsi” 2007/66/CE⁴³ - sempre e comunque condurre alla soluzione che lascia

⁴¹ v. V. HATZOPOULOS, *La justification des atteintes aux libertés de circulation: cadre méthodologique et spécificités matérielles*, in *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia ?*, a cura di E. Dubout e A. Maitrot de la Motte, Bruxelles 2013.

⁴² che è un elemento connaturale del sistema di tutela giurisdizionale, come evidenzia Corte cost., 27 dicembre 1974, n. 284; 17 luglio 1975, n. 227; 1 febbraio 1982, n. 8 e poi ribadisce Corte cost., 28 giugno 1985, n. 190, che sottolinea il principio per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, espressione di direttiva di razionalità tutelata dall'art. 3, comma primo, e dall'art. 113 Cost..

continuare l'esecuzione dell'opera⁴³. Perché questo non avvenga, la loro applicazione non può prescindere da, quanto meno, un previo controllo di proporzionalità in senso stretto, cioè da una valutazione comparativa degli effetti: per modo che una sbilanciata prevalenza di queste necessità di interesse generale non finisca per schiacciare ogni capacità di protezione giudiziaria interinale a una pur consistente ragione del ricorrente. Questo indipendentemente da ogni considerazione sull'effetto pratico, che in massima parte sarà quello processuale di volgere, nel caso di manifesta fondatezza del ricorso, verso la definizione immediata del merito ai sensi dell'art. 60 Cod, proc. amm. e così, all'esito della stessa camera di consiglio, chiudere il giudizio con sentenza di accoglimento in forma semplificata.

Aperta resta la questione del rapporto con quanto previsto – mediante parametri di bilanciamento più che di proporzionalità - per le controversie relative a infrastrutture strategiche, vale a dire ad opere dove massima si immagina l'intensità dell'interesse generale alla realizzazione: per le quali il ricordato art. 125, comma 2, stabilisce che in sede cautelare *«si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure»*.

Un'interpretazione conforme all'art. 3 Cost., che tenga conto del rapporto invertito rispetto all'assunta esigenza generale, non può condurre a dare al nuovo art. 120, comma 8-ter una portata addirittura più stringente della lettera di questo art. 125, comma 2. E sempre che quel rito, speciale tra gli speciali, dell'art. 125 conservi tuttora i presupposti di applicazione, considerata la configurazione della riforma a proposito della 'grandi opere'.

10. Conclusioni.

Da un punto di vista sistematico, la *ratio* della riforma consiste nell'aver costruito un dispositivo di sicurezza giuridica inteso al consolidamento iniziale delle certezze sugli attori principali della gara. L'affollamento di domande di giustizia che finora ha caratterizzato i momenti susseguenti alle aggiudicazioni, con il riesumante vaglio giudiziario delle mancate esclusioni, è contrastato in favore di un ormai pacificato sviluppo successivo della competizione.

Questo avviene mediante la previsione di un nuovo contenzioso anticipato e in prevenzione, a carattere tendenzialmente sommario, per generare o inoppugnabilità (se nessuno impugna) o decisioni del giudice (se qualcuno impugna) prima che sortisca l'esito finale della gara e non più a

⁴³ che all'art. 2, comma 1, richiede *«poteri che consentono di [...] a) prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti cautelari intesi a riparare la violazione denunciata o ad impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dall'amministrazione aggiudicatrice»*;

⁴⁴ dice il parere del Consiglio di Stato sullo schema di decreto legislativo: *“Quando [...] il contenzioso sia inevitabile, occorre trovare un ragionevole punto di equilibrio tra la giusta esigenza di rapida definizione delle liti e il valore, costituzionale e sovranazionale, dell'effettività della difesa. La tutela giurisdizionale, proprio nel settore degli appalti pubblici, secondo i principi comunitari non può essere ostacolata, resa eccessivamente difficile, mutilata della tutela cautelare. Il sistema eurolunitario si spinge ad apprestare una tutela cautelare”*.

fatto ormai compiuto; rendendo così lo sviluppo del procedimento immune da contestazioni postume dei presupposti soggettivi fondamentali. L'idea è contrastare le controversie dell'ultima ora per confutare l'originario cattivo titolo degli altri concorrenti a partecipare e far saltare così il tavolo finale. L'abbassamento della pressione giudiziaria dovrebbe conseguirne.

Dal punto di vista generale, sarà l'esperienza futura a dire se questa azione immediata, come si figura e si confida, defatigherà impugnazioni strumentali e improduttive e darà maggiori speditezze alle gare restituendo efficienza al sistema; ovvero se, sul paradigma del *dilemma del prigioniero*, dalla nuova opportunità sorgerà il paradosso di una nuova massa di contenzioso che andrà a gravare ulteriormente sulle gare stesse e sulla giustizia. Molto verrà dalle capacità organizzative e dalle dimensioni dei competitori. Sia comunque consentito figurare nuovi oneri economici processuali per il sistema delle imprese che si attesteranno sulla controversia preventiva circa la legittimazione alla gara: vuoi se ricorrenti, vuoi se avvertite dell'anticipato giudizio per resistervi o spiegarvi un simmetrico ricorso.

Giuseppe Severini
Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

(pubblicato il 3 giugno 2016)