

STUDIO LEGALE

---

MALINCONICO

# **IL RITO DEGLI APPALTI PUBBLICI**

**Artt. 119, comma 1, lett. a) e 120 C.p.a.  
come modificato dall'art. 204 del Codice dei Contratti pubblici**

- **GIURISDIZIONE ESCLUSIVA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO**
- **IL RITO DEGLI APPALTI PUBBLICI: AMBITO DI APPLICAZIONE E TERMINI**
- **ATTI PROCESSUALI E RAPPORTO TRA RICORSO INCIDENTALI E PRINCIPALE**
- **IL RITO SUPER-ACCELERATO NEGLI APPALTI PUBBLICI**
- **PRINCIPIO DI SINTETICITA' E TECNICA DI REDAZIONE EX DPCS 40/2015**
- **INEFFICACIA DEL CONTRATTO E TUTELA IN FORMA SPECIFICA O PER EQUIVALENTE, ARTT. 121 E SS. C.P.A.**

# Giurisdizione esclusiva

- Art. 133. comma 1, lettera e): *Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge:*
- e) *le controversie:*
  - 1) *relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative;*
  - 2) *relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all' articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell' articolo 133, commi 3 e 4, dello stesso decreto;*

## **IL RITO DEGLI APPALTI PUBBLICI: AMBITO DI APPLICAZIONE E TERMINI**

Il nuovo codice dei contratti dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. 18.4.2016, n. 50 e s.m.i., oltre a dettare, in attuazione della legge delega 28.1.2016, n. 11, la nuova disciplina degli appalti di lavori, servizi e forniture e ad introdurre una disciplina organica, prima assente, delle concessioni di lavori e di servizi, contiene norme che disciplinano il relativo contenzioso,

- giudiziale (Capo I, composto unicamente dall'art. 204) e
- stragiudiziale (Capo II, artt. 205-211).

- Il regime delle controversie in materia di appalti è da tempo condizionato dal diritto dell'Unione Europea che, a partire dal 1989, derogando al principio generale comunitario di autonomia processuale degli Stati membri, è intervenuto con significative norme processuali.
- Le due «**direttive ricorsi**» 89/665/CEE e 92/13/CEE, infatti, “*per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici*”, poi modificate dalla direttiva 2007/66/CEE, hanno trovato attuazione in Italia con il d.lgs. n. 53/2010, poi trasfuso, con modifiche, negli artt. 120 e ss. C.p.a.

- Il processo appalti è disciplinato dall'art. 120 c.p.a., che ha introdotto per questa materia un **rito accelerato**, riducendo ulteriormente i termini previsti per il rito abbreviato di cui al precedente art. 119 c.p.a., al quale pure rinvia.
- In una prospettiva acceleratoria, sono state inserite nel codice del processo amministrativo regole processuali che incidono sulla **forma degli atti di parte**, sui **tempi della decisione e deposito della sentenza** e sulla **fase cautelare**.
- E' stato introdotto infine, per effetto delle modifiche apportate dall'art. 204 del nuovo codice dei contratti pubblici un **rito super-accelerato** disciplinato agli artt. 120, comma 2 bis e 6 bis, c.p.a.

**Il rito appalti** risulta un rito articolato e caratterizzato dalle seguenti linee di fondo:

- All'art. 120 c.p.a. è previsto un nuovo rito speciale, che si muove nei binari dell'art. 119, c.p.a., ma se ne discosta in più punti;
- la disciplina del rito abbreviato comune (art. 119 c.p.a.) continua a trovare applicazione in via residuale. Recita l'art. 120, comma 3, c.p.a.: «*Salvo quanto previsto dal presente articolo e dai successivi, si applica l'articolo 119*»;
- rileva la competenza inderogabile (art. 13 c.p.a.):
  - 1. Sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni è inderogabilmente competente il tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione territoriale esse hanno sede. Il tribunale amministrativo regionale è comunque **inderogabilmente competente sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni i cui effetti diretti sono limitati all'ambito territoriale della regione in cui il tribunale ha sede.**
  - 2. La competenza di cui al presente articolo e all'articolo 14 è **inderogabile anche in ordine alle misure cautelari.**
  - 4-bis. La competenza territoriale relativa al provvedimento da cui deriva l'interesse a ricorrere attrae a sé anche quella relativa agli atti presupposti dallo stesso provvedimento **tranne che si tratti di atti normativi o generali, per la cui impugnazione restano fermi gli ordinari criteri di attribuzione della competenza.**
- Sono previsti termini più brevi sia di quelli ordinari, sia di quelli di cui all'art. 119 c.p.a. (art. 120, commi 2 e 5, c.p.a.).

**Recita l'art. 120 c.p.a., comma 2:** «*Nel caso in cui sia mancata la pubblicità del bando, il ricorso non può comunque essere più proposto (i) decorsi trenta giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva di cui all' articolo 65 e all' articolo 225 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, (ii) a condizione che tale avviso contenga la motivazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto senza previa pubblicazione del bando. (iii) Se sono omessi gli avvisi o le informazioni di cui al presente comma oppure se essi non sono conformi alle prescrizioni ivi contenute, il ricorso non può comunque essere proposto decorsi sei mesi dal giorno successivo alla data di stipulazione del contratto*».

**Stabilisce l'art. 120 c.p.a., comma 5:** «*Salvo quanto previsto al comma 6-bis, per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti,*

- *dalla ricezione della comunicazione di cui all' articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, [comunicazione di aggiudicazione ad altro concorrente] o,*
- *per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all' articolo 66, comma 8, dello stesso decreto;*
- *ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto. Per il ricorso incidentale la decorrenza del termine è disciplinata dall'articolo 42*».

Ulteriori elementi caratterizzanti il rito appalti sono i seguenti:

- Obbligo di impugnare gli atti connessi con motivi aggiunti.
  - Stabilisce l'**art. 120, comma 7, c.p.a.**: *«ad eccezione dei casi previsti al comma 2-bis, i nuovi atti attinenti la medesima procedura di gara devono essere impugnati con ricorso per motivi aggiunti»;*
- Definizione del giudizio di merito, ove possibile, in via immediata, o comunque a breve termine.
  - Stabilisce l'**art. 120, comma 6 c.p.a.**: *«Il giudizio, ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. ... [...]»;*
- La sinteticità degli atti di parte (come *infra*).

## Ambito di applicazione del rito appalti

### Art. 120 c.p.a., comma 1: “*gli*

- *atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di*
- *incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a*
- *pubblici lavori, servizi o forniture, nonché*
- *i provvedimenti dell'Autorità nazionale anticorruzione ad essi riferiti,*
- *sono impugnabili **unicamente** mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente”.*

Il rito appalti **si applica**, quindi, anzitutto **agli atti delle procedure di affidamento**.

Le controversie che attengono alla **revisione del prezzo di un appalto non rientrano nella disciplina del c.d. rito appalti di cui all'art. 120 c.p.a.**, che si applica solo al contenzioso relativo alla procedura di affidamento del contratto e non a quello attinente alla fase della sua esecuzione.

La giurisprudenza, in tali ipotesi, ha ritenuto ammissibile la proposizione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la sua trasposizione giurisdizionale (CdS, Sez. Terza, 5 novembre 2018 n. 6237).

Con riferimento al **bando di gara**, sussiste l'onere di impugnazione immediata solo in relazione alle clausole escludenti.

- vanno immediatamente impugnate le clausole della disciplina di gara che impongono requisiti impeditivi della partecipazione o siano manifestamente incomprensibili o sproporzionate in quanto lesive in modo diretto, immediato e concreto della sfera giuridica di chi intende partecipare alla gara (Cons. Stato, AP, 23.1.2003, n. 4).
- Sono immediatamente impugnabili quelle che rendano impossibile la stessa formulazione dell'offerta,
- per le altre previsioni, comprese quelle concernenti i criteri di valutazione e attribuzione dei punteggi, l'interesse al ricorso nasce con gli atti che ne facciano applicazione, quali l'esclusione o l'aggiudicazione definitiva a terzi, in quanto effettivamente lesivi della situazione giuridica tutelata (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. III, 10 agosto 2016, n. 3595; id. sez. III, 7 marzo 2016, n. 921; id., 2 febbraio 2015, n. 491).

Il rito appalti si applica poi ai **connessi provvedimenti dell’Autorità di vigilanza sui contratti** pubblici, alla quale, a partire dal D.L. n. 90/2014, è subentrata l’ANAC. A titolo esemplificativo, ci si riferisce ad iscrizioni nel casellario informatico, o ad applicazione di sanzioni, conseguenti a provvedimenti di esclusione dalla gara, adottati dalle singole stazioni appaltanti.

Se sono impugnati solo i provvedimenti dell’Autorità di vigilanza, ad esempio non si impugna l’esclusione dalla gara ma solo l’iscrizione dell’esclusione nel casellario informatico, non si applica il nuovo rito speciale, ma resta applicabile l’art. 119 c.p.a., tra le cui materie vi sono i provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti. Il che implica anche un diverso termine di proposizione del ricorso che, nel rito dell’art. 119 c.p.a. è di sessanta giorni, in quello dell’art. 120 c.p.a. è di trenta giorni.

Riepilogando, si applica il nuovo rito appalti ai provvedimenti dell’Autorità se gli stessi sono:

- i. connessi con gli atti di gara;
- ii. impugnati insieme agli atti di gara o con motivi aggiunti.

## **Esclusività del rito appalti.**

Come sancito dall'art. 120 comma 1 c.p.a. è **escluso, per gli atti menzionati nella citata disposizione, il rimedio del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.**

Fin dal 27 aprile 2010 (data in cui entrò in vigore il citato D.Lgs. n. 53/10 che ha dato attuazione alla Direttiva 2007/66/CE), il ricorso straordinario al Capo dello Stato non è più esperibile per i provvedimenti in materia di contratti pubblici menzionati nella disposizione normativa (v., tra l'altro, anche il parere reso dalla Sezione Seconda sull'affare n. 2205/2015 nella adunanza del 22 dicembre 2015).

## **I termini per gli atti di parte nel rito appalti.**

- Per la notifica del ricorso introduttivo, il termine è di trenta giorni;
  - per la notifica dei **motivi aggiunti**, il termine è di trenta giorni;
  - per la notifica del **ricorso incidentale**, il termine è di trenta giorni;
  - per il **deposito** del ricorso principale e incidentale e dei motivi aggiunti, il termine è di quindici giorni.
- 
- Per la **costituzione** delle altre parti, il termine è di trenta giorni decorrenti dal perfezionamento della notifica per le parti medesime.
  - Il termine poi per il deposito di documenti, memorie e repliche è **dimezzato** (rispettivamente **venti** giorni liberi, **quindici** giorni liberi e **dieci** giorni liberi).
  - Il termine per la notifica dell'appello cautelare è di trenta giorni dalla notifica o sessanta dalla pubblicazione (l'art. 120 c.p.a., sul punto nulla dice, quindi – secondo alcuni - trova applicazione l'art. 119, comma 2, c.p.a. che sottrae al dimezzamento anche i termini di notifica dell'appello cautelare).
  - Il termine per il deposito dell'appello cautelare è di quindici giorni. In difetto di espressa previsione dell'art. 120 c.p.a., si applica l'art. 119, comma 2, che prevede il dimezzamento di tutti i termini processuali salvo le eccezioni espressamente.

## Termini per le impugnazioni

Per i termini delle impugnazioni, si applica l'art. 119, commi 2 e 6 c.p.a., quindi:

- **30 giorni** per impugnare il dispositivo, **decorrenti dalla pubblicazione**;
- **30 giorni, decorrenti dalla notificazione**, per impugnare la motivazione della sentenza dopo l'impugnazione del dispositivo;
- **30 giorni, decorrenti dalla notificazione**, per impugnare la sentenza;
- **3 mesi, decorrenti dalla pubblicazione**, per impugnare la sentenza o la motivazione della sentenza dopo l'impugnazione del dispositivo;
- **15 giorni, dal perfezionamento dell'ultima notificazione**, per depositare l'atto di impugnazione;
- **30 giorni** per la proposizione dell'appello incidentale e **15 giorni** per il deposito.

## **ATTI PROCESSUALI E RAPPORTO TRA RICORSO INCIDENTALI E PRINCIPALE NEL PROCESSO APPALTI**

Con riferimento alla forma degli atti, già l'art. 245, comma 2-*undecies*, D.Lgs. n. 163/2006, imponeva la sinteticità di “*tutti gli atti di parte*”, nel rito appalti .

La regola è ribadita dall'art. 120, comma 10, c.p.a. ed estesa ai provvedimenti del giudice.

Inoltre il c.p.a. pone la sinteticità anche come principio generale (art. 3, c.p.a.).

\*\*\*\*

Il rito appalti si introduce con ricorso.

Nel processo amministrativo, ed anche nel rito appalti, il soggetto controinteressato può proporre ricorso incidentale.

Il ricorso incidentale, in termini generali, è l'atto con il quale, a seguito della proposizione di un ricorso principale, il soggetto controinteressato propone a sua volta una propria impugnazione avverso il medesimo atto oggetto di impugnazione principale, censurandolo, sotto altri profili, opposti a quelli denunciati con il ricorso principale, in quanto lesiva della propria posizione.

## Rapporto tra ricorso incidentale e principale nel rito appalti

### In generale.

- Il ricorso incidentale è un rimedio difensivo che nasce al fine di paralizzare un'azione principale. La sua esperibilità quindi è subordinata all'esistenza e validità del ricorso principale.
- Considerata la citata natura, secondo l'impostazione tradizionale, il ricorso incidentale deve essere esaminato dopo aver valutato la fondatezza in astratto del ricorso principale (Cons. di Stato, V, 29 agosto 2005 n. 4407).

### Nel rito degli appalti (il diritto Ue, il diritto a un rimedio effettivo di tutela, la valenza oggettiva delle regole di concorrenza).

- E' stato fortemente dibattuto nel rito appalti il rapporto intercorrente tra il ricorso principale ed il ricorso incidentale, con riferimento all'ordine di esame reciproco.
- Sul tema ha inciso anche la riforma dell'articolo 120, commi 2 bis e 6 bis, con riferimento all'impugnazione immediata dei provvedimenti di ammissione o esclusione dalla gara
- Il problema si pone anche perché spesso il ricorrente principale muove una doglianza di carattere sostanziale nei confronti dell'aggiudicatario e quest'ultimo muove una doglianza di carattere processuale al fine di privare il ricorrente principale della relativa legittimazione ad agire.

## **Le “oscillazioni” della giurisprudenza sulla questione nel processo appalti**

In materia di appalti pubblici, il tema dei rapporti tra ricorso incidentale e ricorso principale - con particolare riferimento alle ipotesi di gare **a due concorrenti**, alla questione della priorità dell'ordine di trattazione dell'uno rispetto all'altro e dell'eventuale effetto paralizzante del ricorso analizzato per primo, ove accolto, rispetto allo scrutinio del secondo – è stato fortemente discusso.

In un arco temporale di nove anni (tra il 2008 ed il 2016) , infatti, la questione è “passata” più volte in Plenaria al Consiglio di Stato (rispettivamente nn. 11/2008, 1/2010, 4/2011, 7/2014 e 9/2014), in Sezione Unite di Cassazione (sentenza n. 10294/2012) e in Corte di Giustizia dell'Unione Europea (decisioni, tra l'altro, 13 luglio 2013 e 5 aprile 2016, denominate rispettivamente sentenza Fastweb e sentenza Puligienica) ed è stata oggetto di molteplici dibattiti in dottrina.

- Una **prima tesi** (cfr. Plenarie CdS nn. 4/2011, 7/2001 e 9/2011, nonché da una parte minoritaria della dottrina) ha seguito una logica di tipo strettamente **processualistica**, fondata sulla rigorosa applicazione dei principi processuali, quindi con l'obbligo di scrutinare prima le questioni preliminari (e poi quelle sostanziali), nonché da una **interpretazione restrittiva dei presupposti processuali**
  - **della legittimazione ad agire** (limitato solo a coloro che abbiano regolarmente partecipato ad una gara) e
  - **dell'interesse ad agire** (come non comprensivo anche dell'interesse c.d. strumentale).
  
- Una **seconda tesi** (cfr. CdS Plenarie nn. 11/2008 e nelle decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea 4 luglio 2013 e 5 aprile 2016, nonché la dottrina maggioritaria) ha seguito una logica di tipo sostanzialistico, fondata su
  - principi di ragionevolezza,
  - proporzionalità,
  - effettività della tutela,
  - garanzia della concorrenza e
  - parità tra le parti .

**La Corte di Giustizia dell'Unione Europea** con la decisione del 5 aprile 2016 C-689/13 (cd. Puligienica), ha radicalmente “sposato” la tesi sostanzialistica e quindi ha ribadito il concetto della **necessità di scrutinare tutti i ricorsi (principale ed incidentale), con conseguente esclusione di ogni effetto paralizzante del ricorso incidentale.**

Tale decisione ha aperto ulteriori problematiche, quale, in particolare, tra le altre, quella relativa all'applicazione di tali principi anche **nelle gare a più operatori (non tutti esclusi)** nelle quali la situazione si presenta più complessa.

In proposito, il dibattito è ancora aperto.

Le statuizioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea di cui alla sentenza cd. Puligienica sono state diversamente intese, dando luogo a due orientamenti all'interno del Consiglio di Stato.

## Interpretazioni della sentenza Puligenica della Corte UE

### Primo orientamento

Con sentenza **Consiglio di Stato, Sez. III, 26.08.2016 n. 3708**, si afferma il *principio...*, per cui

- *l'esame del ricorso principale (a fronte della proposizione di un ricorso incidentale "escludente") è doverosa, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, quando l'accoglimento dello stesso produce, come effetto conformativo, un vantaggio, anche mediato e strumentale, per il ricorrente principale, tale dovendosi intendere anche quello al successivo riesame, in via di autotutela, delle offerte affette dal medesimo vizio riscontrato con la sentenza di accoglimento, mentre*
- *resta compatibile con il diritto europeo sull'effettività della tutela ... una regola nazionale che impedisce l'esame del ricorso principale nelle ipotesi in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ricavi, con assoluta certezza, alcuna utilità (neanche in via mediata e strumentale)». (Cfr. anche CdS, Sez. V, 27.02. 2017 n. 901; Id., 10.04.2017 n. 1677; Id., 12.05.2017 n. 2226).*

**Secondo indirizzo interpretativo:** la domanda del ricorrente di tutela del proprio interesse legittimo al corretto svolgimento della procedura di gara, con esclusione di tutte le offerte che in quanto affette da vizi non potevano essere esaminate dalla stazione appaltante, merita di essere esaminata anche se, per ipotesi, la stessa offerta del ricorrente andava esclusa dalla procedura (sentenza **Consiglio di Stato, sez. V, 20 luglio 2017, n. 3593**).

Nel caso che ha portato all'ordinanza di rimessione all'Ad. Plenaria era stato proposto appello avverso la sentenza di primo grado che, su ricorso proposto dall'impresa terza classificata di una gara d'appalto avverso l'ammissione alla procedura di gara tanto dell'aggiudicataria quanto della seconda classificata, accoglieva il ricorso incidentale escludente - esaminato prioritariamente – e, conseguentemente, dichiarava improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse il ricorso principale.

Con l'appello, l'impresa originaria ricorrente contestava la violazione dei principi dettati dalla sentenza *Puligienica* in quanto il giudice, anche a ritenere fondato il ricorso incidentale, avrebbe dovuto comunque esaminare anche il ricorso principale, sussistendo un interesse, strumentale e mediato, alla declaratoria dell'illegittimità della mancata esclusione dell'aggiudicataria, in quanto una tale statuizione avrebbe potuto portare l'amministrazione ad intervenire in autotutela annullando la procedura e indicando una nuova gara.

Prendendo le mosse dal contrasto esistente in giurisprudenza è stata rimessa la questione all'Ad. Plenaria.

# Recenti sviluppi

- **Consiglio di Stato, Sez. V, ord., 6 novembre 2017 n. 5103**
- rimessa all'Adunanza plenaria la seguente questione
  - *«se in un giudizio di impugnazione degli atti di procedura di gara ad evidenza pubblica il giudice sia tenuto ad esaminare congiuntamente il ricorso principale e il ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicatario, anche se alla procedura abbiano preso parte altri concorrenti le cui offerte non sono state oggetto di impugnazione e verifichi che i vizi delle offerte prospettati come motivi di ricorso siano propri delle sole offerte contestate»*

- **L'Ad. Plenaria del Consiglio di Stato, con ordinanza n. 6/2018, pubblicata in data 11 maggio 2018, ha investito nuovamente la Corte di Giustizia dell'Unione Europea della questione del rapporto tra ricorso incidentale escludente e ricorso principale in materia di gare di appalto formulando il seguente quesito interpretativo:**

*“Se l’articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all’applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 dicembre 2007, possa essere interpretato nel senso che **esso consente che allorché alla gara abbiano partecipato più imprese e le stesse non siano state evocate in giudizio (e comunque avverso le offerte di talune di queste non sia stata proposta impugnazione) sia rimessa al Giudice, in virtù dell’autonomia processuale riconosciuta agli Stati membri, la valutazione della concretezza dell’interesse dedotto con il ricorso principale da parte del concorrente destinatario di un ricorso incidentale escludente reputato fondato, utilizzando gli strumenti processuali posti a disposizione dell’ordinamento, e rendendo così armonica la tutela di detta posizione soggettiva rispetto ai consolidati principi nazionali in punto di domanda di parte (art. 112 c.p.c.), prova dell’interesse affermato (art. 2697 cc), limiti soggettivi del giudicato che si forma soltanto tra le parti processuali e non può riguardare la posizione dei soggetti estranei alla lite (art. 2909 cc)”**.*

## IL RITO SUPER-ACCELERATO NEGLI APPALTI PUBBLICI

Sul complesso quadro descritto, avente ad oggetto i rapporti tra ricorso incidentale e ricorso principale, si inserisce l'ulteriore tema sorto a seguito dell'entrata in vigore della nuova normativa dell'art. 120, comma 2 *bis*, del CPA

Quest'ultima ha

- introdotto il **rito super-accelerato** e sancito
- l'onere di immediata impugnazione (oltre che delle esclusioni delle imprese dalle gare) del provvedimento di **ammissione delle altre imprese partecipanti alla gara,**
- con preclusione dell'impugnazione dell'ammissione, come atto presupposto, in sede di ricorso contro l'aggiudicazione.

## Preclusioni

**Art. 120, comma 2 bis, c.p.a.**: *«Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel **termine di trenta giorni**, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. E' altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività»*

Le impugnazioni, quindi, relative (oltre che alle esclusioni dei candidati) alla ammissione degli altri partecipanti alla gara, debbono essere sollevate con immediatezza (entro trenta giorni dalla pubblicazione del provvedimento), ovvero in un momento in cui la procedura di gara probabilmente non si è ancora conclusa con l'aggiudicazione definitiva.

Il **Consiglio di Stato**, con sentenza **n. 5036 del 23.8.2018**, ha stabilito che, nel quadro del rito super-accelerato disciplinato all'art. 120, co. 2 *bis* c.p.a.,

- il ricorso incidentale, da parte del concorrente che ha subito in prevenzione l'impugnazione di altro concorrente della propria ammissione al prosieguo della gara, va proposto nel termine di 30 giorni decorrenti **non dalla ricevuta notifica del ricorso principale ma dalla conoscenza, nelle forme legali, dell'avvenuta ammissione alla gara del concorrente principale.**
- **In senso contrario, Consiglio di Stato n. 5182/2017**

# Ambito del rito super-accelerato

- *<<Il rito camerale “super-accelerato” è circoscritto esclusivamente ai provvedimenti di esclusione e ammissione emessi “all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico finanziari e tecnico-professionali”; pertanto, non si applica in caso di esclusione fondata su presupposti diversi da quelli soggettivi e, quindi, a seguito di estromissione disposta per carenza di elementi essenziali dell’offerta tecnica prescritti dalla lex specialis di gara ... [...]. (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, n. 5852/2016; Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10 del 2011, sulla eccezionalità del rito abbreviato ex art. 23 bis della L. n. 1034/1971) >> (TAR Campania, Sez. I, 20 .02.2017 n. 1020).*

Sul *dies a quo* di decorrenza dell'onere d'immediata impugnazione delle altrui ammissioni, si è occupata anche la giurisprudenza. Nello specifico, il Consiglio di Stato, con recenti pronunce, ha richiamato l'orientamento secondo cui *<<l'onere di immediata impugnativa dell'altrui ammissione alla procedura di gara senza attendere l'aggiudicazione, ..., è ragionevolmente subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura, perché diversamente l'impresa sarebbe costretta a proporre un ricorso "al buio">>* (CdS, sent. 23.3.2018 n. 1902; CdS, sent. 26.1.2018 n. 565).

Consiglio di Stato, sentenza 18.12.2017 n. 5955: il termine per l'impugnativa degli atti di esclusione e di ammissione decorre dal momento in cui i relativi atti *<< sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione>>*.

Il comma 6 *bis* dell'art. 120 c.p.a. individua poi le regole processuali alle quali soggiace tale rito.

Stabilisce infatti l'**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. ... L'appello deve essere proposto entro trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della sentenza e non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla sua pubblicazione».*

La disciplina del rito «super speciale» non pone particolari criticità laddove prevede l'onere di immediata impugnazione delle esclusioni.

Tuttavia, secondo tale nuova impostazione, l'onere di immediata impugnazione non riguarda soltanto la propria esclusione, ma altresì l'ammissione alla gara di altre imprese.

Sussiste l'onere di impugnazione, quindi, in una fase della gara in cui il numero degli ammessi potrebbe essere rilevante e nella quale non vi è ancora un concreto interesse del partecipante a porre in essere tale contestazione posto che non conosce l'esito della graduatoria finale che realisticamente sarà pubblicata dopo la scadenza dei termini di impugnazione delle ammissioni altrui.

Vi sono state decisioni che, anche se incidentalmente, hanno rilevato il **possibile contrasto dell'art. 120, comma 2 bis c.p.a. con la Carta Costituzionale e con i principi costituzionali**, che sanciscono il diritto alla tutela giurisdizionale (artt. 24, 103, 113 della Cost.) ed ad un **giusto processo** (art. 111 Cost.), nonché con i principi europei, che, anche in materia di appalti pubblici, sanciscono il diritto ad un ricorso effettivo, con i principi di ragionevolezza e di proporzionalità (TAR Campania, Sez. IV, 20.12.2016 n. 5852; TAR Puglia, Sez. III, 8.11.2016 n. 1262).

Tale rito «ad hoc» poi impone l'anticipazione di un onere processuale rilevante (impugnazione innanzi al Giudice Amministrativo delle ammissioni di tutti gli altri concorrenti ammessi in gara) in un momento in cui non si è ancora concretizzata la sussistenza di un interesse a ricorrere da parte del diretto interessato (non essendo stata chiusa la graduatoria finale e non sapendo chi potrà essere l'aggiudicatario della gara e, quindi, se lo stesso potrà avere interesse o meno a contestare la sussistenza dei requisiti del futuro, ed ancora ignoto, aggiudicatario).

**Il TAR Piemonte, Sez. Prima, con ordinanza n. 88/2018, pubblicata in data 17.1.2018, ha investito la Corte di Giustizia dell'Unione Europea formulando i quesiti di diritto di seguito riportati.**

*<<1) 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>>*

*<<2) 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>>.*

## **PRINCIPIO DI SINTETICITA' E TECNICA DI REDAZIONE EX DPCS 40/2015**

In attuazione del principio di sinteticità degli atti sopra richiamato è stato emanato il Decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 25.5.2015 n. 40 che disciplina la dimensione dei ricorsi e degli altri atti difensivi nei giudizi di cui all'art. 120 dell'allegato I al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, come modificato dall'art. 40 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114.

Viene stabilito, tra l'altro, che le dimensioni dell'atto introduttivo del giudizio, del ricorso incidentale, dei motivi aggiunti, degli atti di impugnazione principale ed incidentale della pronuncia di primo grado, della revocazione e dell'opposizione di terzo proposti avverso la sentenza di secondo grado, dell'atto di costituzione, delle memorie, sono contenute, per ciascuno di tali atti, nel numero massimo di 30 pagine.

La domanda di misure cautelari autonomamente proposta è contenuta nel numero massimo di 10 pagine. Le memorie di replica sono contenute, ciascuna, nel numero massimo di 10 pagine. L'atto di intervento e le memorie della parte non necessaria del giudizio sono contenute, per ciascun atto, nel numero massimo di 10 pagine.

E' possibile il superamento di tali limiti dimensionali previa autorizzazione con decreto del Presidente di Sezione.

E' previsto agli articoli 8 e 9 del decreto del Presidente del Consiglio di Stato n.40/2015.

In particolare, **l'art. 8 prevede la possibilità di essere autorizzati a superare i limiti dimensionali** previsti dal decreto «*qualora la controversia presenti questioni tecniche, giuridiche o di fatto particolarmente complesse ovvero attenga ad interessi sostanziali perseguiti di particolare rilievo anche economico; a tal fine vengono valutati, esemplificativamente, il valore della causa, comunque non inferiore a 50.000.000 euro, determinato secondo i criteri relativi al contributo unificato; il numero e l'ampiezza degli atti e provvedimenti effettivamente impugnati, la dimensione della sentenza impugnata, l'esigenza di riproposizione di motivi dichiarati assorbiti ovvero di domande od eccezioni non esaminate, la necessità di dedurre distintamente motivi rescindenti e motivi rescissori, l'avvenuto riconoscimento della presenza dei presupposti di cui ai numeri 8 o 9 nel precedente grado del giudizio, la rilevanza della controversia in relazione allo stato economico dell'impresa ...*».

**All'art. 9 poi è prevista la possibilità di un maggiore sforamento dei limiti difensionali** «*... qualora i presupposti di cui al medesimo numero 8 siano di straordinario rilievo, tale da non permettere una adeguata tutela nel rispetto dei limiti dimensionali da esso previsti*».

**INEFFICACIA DEL CONTRATTO E TUTELA IN FORMA SPECIFICA O PER EQUIVALENTE,  
ARTT. 121 E SS. C.P.A.**

**Art. 121 c.p.a.**

*<<1. Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi, precisando ..., se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva:*

*a) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;*

*b) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;*

*c) se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'articolo 11, comma 10, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento;*

*d) se il contratto è stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'articolo 11, comma 10-ter, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento >>.*

## Art. 121, commi 2-5 c.p.a.

*<<2. Il contratto resta efficace, ... qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. Tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale. Gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara. Non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia.*

*... [...] 4. Nei casi in cui, nonostante le violazioni, il contratto sia considerato efficace o l'inefficacia sia temporalmente limitata si applicano le sanzioni alternative di cui all'articolo 123.*

*5. La inefficacia del contratto prevista dal comma 1, lettere a) e b) , non trova applicazione quando la stazione appaltante abbia posto in essere la seguente procedura: a) abbia con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento dichiarato di ritenere che la procedura senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana sia consentita dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; b) abbia pubblicato, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell'articolo 79-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto; c) il contratto non sia stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di cui alla lettera b)>>.*

**Art. 122 c.p.a.:** <<1. Fuori dei casi indicati dall' articolo 121, comma 1, e dall' articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta>>.

**Art. 123 c.p.a.:** <<1. Nei casi di cui all' articolo 121, comma 4, il giudice amministrativo individua le seguenti sanzioni alternative da applicare alternativamente o cumulativamente: a) la **sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante, di importo dallo 0,5% al 5% del valore del contratto, inteso come prezzo di aggiudicazione, che è versata all'entrata del bilancio dello Stato - ... [...]**; b) la **riduzione della durata del contratto, ove possibile, da un minimo del dieci per cento ad un massimo del cinquanta per cento della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo.**

2. Il giudice amministrativo applica le sanzioni assicurando il rispetto del principio del contraddittorio e ne determina la misura in modo che siano effettive, dissuasive, proporzionate al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante e all'opera svolta dalla stazione appaltante per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione. .... In ogni caso l'eventuale condanna al risarcimento dei danni non costituisce sanzione alternativa e si cumula con le sanzioni alternative.

3. Il giudice applica le sanzioni di cui al comma 1 anche qualora il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito per la stipulazione del contratto, ovvero è stato stipulato senza rispettare la sospensione della stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, quando la violazione non abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento>>.

**Art. 124 Tutela in forma specifica e per equivalente**

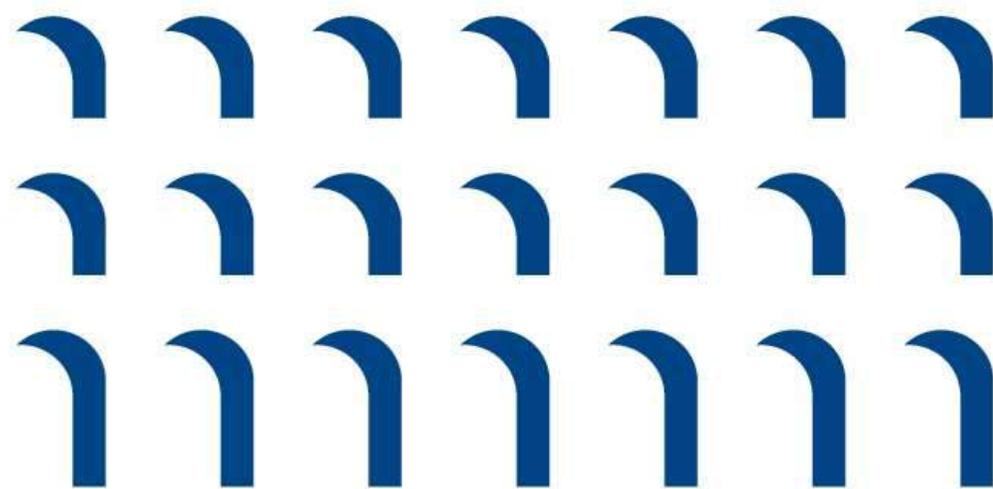
*<<1. L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122. Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato.*

*2. La condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile>>.*

**Art. 125 Ulteriori disposizioni processuali per le controversie relative a infrastrutture strategiche**

*<<1. Nei giudizi che riguardano le procedure di progettazione, approvazione, e realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi e relative attività di espropriazione, occupazione e asservimento, ..., oltre alle disposizioni del presente Capo, con esclusione dell'articolo 122, si applicano le seguenti previsioni. 2. In sede di pronuncia del provvedimento 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.*

*3. Ferma restando l'applicazione degli articoli 121 e 123, al di fuori dei casi in essi contemplati la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente>>.*



STUDIO LEGALE

---

MALINCONICO