

La Corte di giustizia UE afferma la compatibilità con il diritto europeo della disciplina processuale nazionale relativa alla immediata impugnazione, entro un breve termine decadenziale, delle ammissioni ed esclusioni dalle procedure di gara (art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a.), a condizione che i vizi di legittimità degli atti siano conoscibili dagli interessati.

**Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione IV, ordinanza 14 febbraio 2019, C- 54/18 – Cooperativa Animazione Valdocco**

**Giustizia amministrativa – Contratti pubblici – Rito speciale in materia di ammissioni ed esclusioni – Onere di immediata impugnazione – Termine di trenta giorni dalla comunicazione – Legittimità – Condizioni.**

**Giustizia amministrativa – Contratti pubblici – Rito speciale in materia di ammissioni ed esclusioni – Onere di immediata impugnazione dell'ammissione di altri concorrenti – Termine di trenta giorni dalla comunicazione – Preclusione alla successiva contestazione delle ammissioni – Legittimità – Condizioni.**

*La direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, e in particolare i suoi articoli 1 e 2 quater, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede che i ricorsi avverso i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione o esclusione dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici debbano essere proposti, a pena di decadenza, entro un termine di 30 giorni a decorrere dalla loro comunicazione agli interessati, a condizione che i provvedimenti in tal modo comunicati siano accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti tale da garantire che detti interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza della violazione del diritto dell'Unione dagli stessi lamentata (1).*

*La direttiva 89/665, come modificata dalla direttiva 2014/23, e in particolare i suoi articoli 1 e 2 quater, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede che, in mancanza di ricorso contro i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione degli offerenti alla partecipazione alle procedure di appalto pubblico entro un termine di decadenza di 30 giorni dalla loro comunicazione, agli interessati sia preclusa la facoltà di eccepire l'illegittimità di tali provvedimenti nell'ambito di ricorsi diretti contro gli atti successivi, in particolare avverso le decisioni di aggiudicazione, purché tale*

*decadenza sia opponibile ai suddetti interessati solo a condizione che essi siano venuti o potessero venire a conoscenza, tramite detta comunicazione, dell'illegittimità dagli stessi lamentata (2).*

(1-2) I. – Con l'ordinanza in rassegna (in [www.lamministrativista.it](http://www.lamministrativista.it) del 19 febbraio 2019, con nota di S. TRANQUILLI) la Corte di giustizia dell'UE – chiamata a pronunciarsi in sede di rinvio pregiudiziale dal T.a.r. per il Piemonte, sez. I, con l'ordinanza 17 gennaio 2018, n. 88 (in *Foro. It.*, 2018, III, 85, nonché oggetto della News US in data 1 febbraio 2018,) – ha ritenuto non in contrasto con il diritto europeo la disciplina processuale interna che impone la immediata impugnazione, entro un termine decadenziale, delle ammissioni ed esclusioni dalle procedure di gara, a condizione però che tali provvedimenti siano conosciuti o conoscibili dagli interessati, così che gli stessi possano apprezzarne gli eventuali profili di illegittimità, anche rispetto al diritto europeo.

II. – La fattispecie che ha portato al rinvio pregiudiziale, da parte del T.a.r. per il Piemonte, alla Corte di giustizia UE può essere così sintetizzata:

- un Consorzio intercomunale per la gestione di servizi sociali ha bandito una gara per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla quale hanno partecipato otto concorrenti;
- la stazione appaltante ha pubblicato sul profilo del committente e comunicato individualmente agli operatori economici l'atto di ammissione dei concorrenti alla procedura, ha poi svolto la procedura selettiva ed ha quindi aggiudicato la gara alla prima graduata;
- l'impresa seconda graduata, che non aveva posto in essere alcuna impugnativa dell'atto di ammissione dei concorrenti alla procedura, ha gravato l'aggiudicazione davanti al T.a.r. per il Piemonte, proponendo censure avverso gli atti di gara e l'aggiudicazione e lamentando altresì la mancata esclusione del RTI risultato aggiudicatario, per assenza in capo alle ditte mandanti di requisiti di partecipazione; in particolare la ricorrente ha contestato: la presentazione da parte del RTI aggiudicatario di una cauzione provvisoria di importo inferiore a quanto previsto dalla normativa di gara, ritenendo che sul punto non fosse peraltro attivabile il soccorso istruttorio (1° motivo); la carenza in capo a due mandanti del RTI di requisiti di fatturato nella misura richiesta (2° e 3° motivo); l'attribuzione dei punteggi in relazione all'offerta tecnica dell'aggiudicatario (4° motivo); il mancato svolgimento della verifica di anomalia (5° motivo) e, infine, l'illegittima composizione della commissione di gara (6° motivo);

- sono stati presentati motivi aggiunti, che riproducono sostanzialmente le censure già articolate nel ricorso introduttivo del giudizio, mentre non risulta proposto ricorso incidentale;
- la stazione appaltante e il controinteressato hanno eccepito la irricevibilità del ricorso, in quanto proposto avverso l'aggiudicazione definitiva, mentre, vertendo su questioni di ammissione alla procedura, avrebbe dovuto essere proposto entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione dell'atto di ammissione dei concorrenti alla gara, ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a.;
- il T.a.r. ha pronunciato sentenza non definitiva nella quale ha, in primo luogo, esaminato e respinto le censure avverso le operazioni di gara e l'aggiudicazione, in particolare ritenendo infondati i motivi 1°, 4°, 5° e 6° sopra indicati; passando poi all'esame dei motivi 2° e 3°, attinenti alla carenza in capo a società mandanti del RTI di requisiti di fatturato specifico richiesti a pena di esclusione per partecipare alla procedura di gara, il collegio, dopo aver premesso che l'applicazione dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. avrebbe condotto in relazione a dette doglianze alla declaratoria di irricevibilità per tardività del ricorso, ha stabilito di procedere, con separata ordinanza, al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, con conseguente sospensione del giudizio, ritenendo rilevante e decisiva la questione di compatibilità della suddetta normativa con il diritto europeo;
- dando seguito a quanto previsto nella sentenza non definitiva, con l'ordinanza n. 88 del 17 gennaio 2018 il T.a.r. per il Piemonte, sez. I, ha quindi rimesso la questione di compatibilità comunitaria alla Corte UE.

In particolare il T.a.r. ha posto alla Corte di giustizia UE i seguenti quesiti interpretativi:

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

*con ricorso incidentale, l'illegittimità degli atti di ammissione degli altri operatori, in particolare dell'aggiudicatario o del ricorrente principale, senza aver precedentemente impugnato l'atto di ammissione nel termine suindicato".*

III. – Nell'ordinanza in rassegna la Corte di giustizia UE giunge alla elaborazione delle massime riportate sulla base del seguente percorso argomentativo:

- sulla prima questione:
  - c) ai sensi dell'art. 2 *quater* della direttiva 89/665, gli Stati membri possono stabilire termini per presentare un ricorso avverso una decisione presa da un'amministrazione aggiudicatrice nel quadro di una procedura di aggiudicazione di un appalto disciplinata dalla direttiva 2014/24, aggiungendo che il termine in parola deve essere di almeno dieci giorni civili dal giorno successivo all'invio della comunicazione, se la spedizione è avvenuta per fax o per via elettronica, oppure di almeno quindici giorni, se la spedizione è avvenuta con altri mezzi di comunicazione o di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di ricezione della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice, precisando altresì che la comunicazione della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice ad ogni offerente o candidato è accompagnata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti;
  - d) dallo stesso tenore letterale dell'art. 2 *quater* della direttiva 89/665 si evince quindi che un termine di 30 giorni, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, in cui i ricorsi contro i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione o esclusione dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalla direttiva 2014/24 devono essere proposti, a decorrere dalla loro comunicazione alle parti interessate, a pena di decadenza, è, in linea di principio, compatibile con il diritto dell'Unione, a condizione che tali provvedimenti siano accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti;
  - e) l'art. 1, par. 1, della direttiva 89/665 impone agli Stati membri l'obbligo di garantire che le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile:
    - e1) la fissazione di termini di ricorso a pena di decadenza consente di realizzare l'obiettivo di celerità perseguito dalla direttiva 89/665, obbligando gli operatori a contestare entro termini brevi i provvedimenti preparatori o le decisioni intermedie adottate nell'ambito del procedimento di aggiudicazione di un appalto;
    - e2) nel definire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali gli Stati membri devono garantire che non sia compromessa né l'efficacia della

direttiva 89/665 né i diritti conferiti ai singoli dal diritto dell'Unione, in particolare il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, sancito dall'articolo 47 della Carta, il che presuppone che i termini prescritti per proporre siffatti ricorsi inizino a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente abbia avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza dell'asserita violazione di dette disposizioni;

- f) ne consegue che una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede che i ricorsi avverso i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione o esclusione dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici debbano essere proposti, a pena di decadenza, entro un termine di 30 giorni a decorrere dalla loro comunicazione agli interessati è compatibile con la direttiva 89/665 solo a condizione che i provvedimenti in tal modo comunicati siano accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti, tale da garantire che i suddetti interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza della violazione del diritto dell'Unione dagli stessi lamentata;
- g) il giudice del rinvio osserva tuttavia che l'offerente che intenda impugnare un provvedimento di ammissione di un concorrente deve proporre il proprio ricorso entro un termine di 30 giorni a decorrere dalla sua comunicazione, vale a dire in un momento in cui egli spesso non è in grado di stabilire se abbia realmente interesse ad agire, non sapendo se alla fine il suddetto concorrente sarà l'aggiudicatario oppure se sarà egli stesso nella posizione di ottenere l'aggiudicazione; occorre rammentare al riguardo che:
- g1) l'art. 1, par. 3, della direttiva 89/665 impone agli Stati membri di garantire che le procedure di ricorso siano accessibili, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione;
  - g2) quest'ultima disposizione è applicabile, segnatamente, alla situazione di qualunque offerente che ritenga che un provvedimento di ammissione di un concorrente a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico sia illegittimo e rischi di cagionargli un danno, in quanto simile rischio è sufficiente a giustificare un immediato interesse ad impugnare detto provvedimento, indipendentemente dal pregiudizio che può inoltre derivare dall'assegnazione dell'appalto ad un altro candidato;
  - g3) la decisione di ammettere un offerente a una procedura d'appalto configura un atto che, in forza dell'art. 1, par. 1, e dell'art. 2, par. 1, lett. b),

della direttiva 89/665, può costituire oggetto di ricorso giurisdizionale autonomo;

– sulla seconda questione:

- h) la direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che essa non osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale che prevede che ogni ricorso avverso una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice debba essere proposto nel termine all'uopo previsto e che qualsiasi irregolarità del procedimento di aggiudicazione invocata a sostegno di tale ricorso vada sollevata nel medesimo termine a pena di decadenza talché, scaduto tale termine, non sia più possibile impugnare detta decisione o eccepire la suddetta irregolarità, purché il termine in parola sia ragionevole;
- i) tale interpretazione è fondata sulla considerazione secondo cui la realizzazione completa degli obiettivi perseguiti dalla direttiva 89/665 sarebbe compromessa se ai candidati e agli offerenti fosse consentito far valere, in qualsiasi momento del procedimento di aggiudicazione, infrazioni alle norme di aggiudicazione degli appalti, obbligando quindi l'amministrazione aggiudicatrice a ricominciare l'intero procedimento al fine di correggere tali infrazioni; un comportamento del genere, potendo ritardare senza una ragione obiettiva l'avvio delle procedure di ricorso che la direttiva 89/665 impone agli Stati membri di porre in essere, è tale da nuocere all'applicazione effettiva delle direttive dell'Unione in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici;
- j) ne discende che la direttiva 89/665, e in modo del tutto particolare il suo art. 2 *quater*, deve essere interpretata nel senso che essa non osta, in linea di principio, a che, in difetto di un ricorso avverso una decisione di un' amministrazione aggiudicatrice entro il termine di 30 giorni previsto dalla normativa italiana, non sia più possibile per un offerente eccepire l'illegittimità di tale decisione nell'ambito di un ricorso diretto contro un atto successivo;
- k) non può tuttavia escludersi che, in particolari circostanze o in considerazione di talune delle loro modalità, l'applicazione delle norme di decadenza possa pregiudicare i diritti conferiti ai singoli dal diritto dell'Unione, segnatamente il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, sancito dall'articolo 47 della Carta:
  - k1) ciò accade quando le norme di decadenza stabilite dal diritto nazionale siano applicate in modo tale che l'accesso, da parte di un offerente, ad un ricorso avverso una decisione illegittima gli sia negato, sebbene egli, sostanzialmente, non potesse essere a conoscenza di detta illegittimità se non in un momento successivo alla scadenza del termine di decadenza;

- k2) d'altra parte ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici possono essere unicamente garantiti qualora i termini imposti per proporre tali ricorsi inizino a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente abbia avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza della presunta violazione di dette disposizioni;
- l) spetta al giudice del rinvio verificare se, nelle circostanze di cui al procedimento principale, l'impresa ricorrente sia effettivamente venuta o sarebbe potuta venire a conoscenza, grazie alla comunicazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice del provvedimento di ammissione del raggruppamento temporaneo di imprese aggiudicatario, ai sensi dell'articolo 29 del codice dei contratti pubblici, dei motivi di illegittimità del suddetto provvedimento dalla stessa lamentati, vertenti sul mancato deposito di una cauzione provvisoria dell'importo richiesto e sull'omessa dimostrazione della sussistenza dei requisiti di partecipazione, e se essa sia stata quindi posta effettivamente in condizione di proporre un ricorso entro il termine di decadenza di 30 giorni di cui all'articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo:
- 11) detto giudice deve in particolare garantire che, nelle circostanze del procedimento principale, l'applicazione combinata delle disposizioni dell'art. 29 e dell'art 53, commi 2 e 3, del codice dei contratti pubblici, che disciplinano l'accesso alla documentazione delle offerte e la sua divulgazione, non escludesse del tutto la possibilità per la ricorrente di venire effettivamente a conoscenza dell'illegittimità del provvedimento di ammissione del raggruppamento di imprese aggiudicatario dalla stessa lamentata e di proporre un ricorso, a decorrere dal momento in cui la medesima ne ha avuto conoscenza, entro il termine di decadenza di cui all'articolo 120, comma 2-bis, c.p.a.;
- 12) il giudice nazionale deve fornire alla normativa interna che è chiamato ad applicare un'interpretazione conforme agli obiettivi della direttiva 89/665; qualora tale interpretazione non sia possibile, esso deve disapplicare le disposizioni nazionali contrarie a tale direttiva, dal momento che l'art. 1, par. 1, della stessa è incondizionato e sufficientemente preciso per essere fatto valere nei confronti di un'amministrazione aggiudicatrice.

IV. – Per completezza si segnala quanto segue:

- m) sul rito super accelerato dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. in dottrina si segnalano in particolare i seguenti scritti: M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti al diritto di difesa introdotti dal d.lgs. n. 50 del 2016 in contrasto con il diritto eurounitario e la*

Costituzione in [www.lamministrativista.it](http://www.lamministrativista.it) 4 maggio 2016; M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e “precontenziosa” nel nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016)* in [Federalismi.it](http://Federalismi.it) 11 maggio 2016; G. VELTRI, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche* in *Giustizia amministrativa – Dottrina* 26 maggio 2016; G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in [Giustamm.it](http://Giustamm.it), giugno 2016, che sottolinea la necessità di rimediare alla ipertrofia di un contenzioso postumo e retrospettivo incentrato sulla presenza in limine dei requisiti partecipativi; R. CAPONIGRO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza e interesse alla scelta del miglior contraente nell’impugnazione degli atti di gara* in *Giustizia amministrativa – Dottrina*, 14 giugno 2016; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici* in *Urbanistica e appalti*, 2016, 5, 503; E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel Codice dei contratti pubblici* in *Urbanistica e appalti*, 2016, 8-9, 873; E.M. BARBIERI, *Lo speciale contenzioso sulle ammissioni e sulle esclusioni nelle gare di appalto pubblico secondo il nuovo codice degli appalti* in *Nuovo notiziario giur.*, 2016, 331; G. GRECO, *Il contenzioso degli appalti pubblici tra deflazione e complicazione* in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2016, 971; A.G. PIETROSTEFANI, *Piena conoscenza, termine per impugnare ed effettività della tutela nel rito <super accelerato> ex art. 120, co. 2 bis, c.p.a.* in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 29 marzo 2017; A. DI CAGNO, *Il nuovo art. 120, comma 2-bis, cpa: un’azione senza interesse o un interesse senza azione?* in *Dir. e processo amm.*, 2017, 2123; L. BERTONAZZI, *Limiti applicativi del nuovo giudizio di cui all’art. 120, comma 2-bis, c.p.a. e sua compatibilità con la tutela cautelare*, in *Dir. proc. ammin.* 2017, 714 ss.; G. LA ROSA, *Il ricorso incidentale nel rito “super-accelerato” di cui all’art. 120, commi 2 bis e 6 bis, c.p.a.* in *Urbanistica e appalti*, 2018, 2, 175; I. LAGROTTA, *Il rito <super accelerato> in materia di appalti tra profili di (in)compatibilità costituzionale e conformità alla normativa comunitaria* in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 28 marzo 2018; G. LO SAPIO, *Rito superaccelerato e tecniche di “giuridificazione” degni interessi* in *Urbanistica e appalti*, 2018, 4, 507; S. TADDEUCCI, *L’art. 120 comma 2 bis del c.p.a. dinanzi alla Corte di Giustizia: dubbi sulla fondatezza della questione* in [Italiappalti.it](http://Italiappalti.it), 17 luglio 2018; P. DE BERARDINIS, *Rito ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a. e ricorso incidentale* in *Giustizia Amministrativa – Dottrina*, 13 novembre 2018; M. LIPARI, *La decorrenza del termine di ricorso nel rito superspeciale di cui all’art. 120, co. 2-bis e 6-bis, del CPA: pubblicazione e comunicazione formale del provvedimento motivato, disponibilità effettiva degli atti di gara, irrilevanza della “piena conoscenza”; l’ammissione conseguente alla verifica dei requisiti* in *Giustizia amministrativa – Dottrina*, 17 dicembre 2018;

- n) sulla costituzionalità della disciplina dell’art. 120, comma 2 bis, *cit.* si vedano le remissioni alla Corte costituzionale operate da T.a.r. per la Puglia – Bari, sez. III,

ordinanza 20 giugno 2018, n. 903 (oggetto della News US in data 10 luglio 2018)  
e T.a.r. per la Puglia – Bari, sez. III, ordinanza 20 luglio 2018, n. 1097 (oggetto della News US in data 30 luglio 2018);

o) sulla decorrenza del termine di impugnazione:

o1) l'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., com'è noto, prevede l'impugnazione degli atti di ammissione ed esclusione nel termine di trenta giorni decorrente dallo loro pubblicazione sul profilo del committente, ai sensi dell'art. 29, comma 1, d. lgs. n. 50 del 2016; l'art. 29 *cit.* è stato fatto oggetto di importanti modifiche ad opera del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (c.d. correttivo al Codice dei contratti pubblici); in particolare adesso il suddetto art. 20, comma 1, al secondo, terzo e quarto periodo prevede quanto segue: *“al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell' articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali. Entro il medesimo termine di due giorni è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale o strumento analogo negli altri Stati membri, di detto provvedimento, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. Il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione”*;

o2) secondo un primo orientamento interpretativo, in difetto di tale pubblicazione il rito super accelerato non è *tout court* applicabile (in tal senso T.a.r. per la Campania – Napoli, sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852); a risultati non diversi giunge la lettura che, in caso di mancata pubblicazione, fa decorrere il termine per impugnare dalla comunicazione dell'aggiudicazione, con applicazione del relativo rito (T.a.r. per la Basilicata 13 gennaio 2017, n. 24, T.a.r. per la Puglia – Bari, 5 aprile 2017, n. 340, T.a.r. per la Campania – Napoli, sez. VIII, 5 maggio 2017, n. 2420); nel senso della necessità della pubblicazione per rendere operativo il rito speciale: Tar Campania - Napoli, sez. VIII, 18 gennaio 2018, n. 394, Tar Sicilia - Palermo, sez. III, 31 agosto 2018, n. 1862; Cons. Stato, sez. V, 10 aprile 2018, n. 2176;

- o3) secondo altre interpretazioni la mancata pubblicazione è sostituibile solo dalla comunicazione individuale (T.a.r. per il Lazio – Roma – sez. III, 9 maggio 2017, n. 5545), ovvero determina l'applicazione delle normali regole sulla conoscenza dell'atto oggetto di impugnazione (T.a.r. per la Toscana, sez. I, 18 aprile 2017, n. 582), o, infine, esclude l'onere di immediata impugnazione non precludendo però la facoltà di una immediata impugnazione dell'ammissione prima dell'aggiudicazione (T.a.r. per il Molise, 4 ottobre 2017, n. 332); T.a.r. per la Campania – Napoli, sez. I, 22 marzo 2018 n. 1866, che valorizza la conoscenza comunque acquisita del provvedimento;
- o4) T.a.r. per il Lazio – Roma, sez. III quater, 22 agosto 2017, n. 9379 trae dalla previsione della pubblicazione delle ammissioni/esclusioni quale *dies a quo* del termine per impugnare la conclusione della non decorrenza del termine stesso dalla conoscenza acquisita attraverso la partecipazione di un rappresentante della concorrente alla seduta di gara che ha disposto le ammissioni o esclusioni stesse; sul punto si veda Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5870, che ha affermato il principio secondo cui, sebbene l'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. "*faccia riferimento, ai fini della decorrenza dell'ivi previsto termine d'impugnazione di trenta giorni, esclusivamente alla pubblicazione del provvedimento di ammissione o esclusione sul profilo telematico della stazione appaltante ai sensi dell'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, ritiene il Collegio che ciò non implichi l'inapplicabilità del generale principio sancito dall'art. 41, comma 2, cod. proc. amm. e riaffermato nel comma 5, ultima parte, dell'art. 120 cod. proc. amm., per cui, in difetto della formale comunicazione dell'atto - o, per quanto qui interessa, in difetto di pubblicazione dell'atto di ammissione sulla piattaforma telematico della stazione appaltante -, il termine decorre dal momento dell'avvenuta conoscenza dell'atto stesso, purché siano percepibili i profili che ne rendano evidente la lesività per la sfera giuridica dell'interessato in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall'ordinamento processuale*"; di segno opposto è invece Cons. Stato, III, 26 gennaio 2018, n. 565 secondo cui "*l'onere di impugnazione dell'altrui ammissione è ragionevolmente subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura, perché diversamente l'impresa sarebbe costretta a proporre un ricorso <al buio>*"; anche per il Tar Puglia – Bari, sez. III, 15 ottobre 2018, n. 1297, la presenza del rappresentante dell'impresa alla seduta di gara è idonea a determinare la piena conoscenza del provvedimento;
- p) sul tradizionale orientamento in forza del quale un atto amministrativo deve essere tempestivamente contestato in sede giurisdizionale solo se

immediatamente lesivo, si veda, in relazione all'onere di immediata impugnazione del bando di gara, la recente pronuncia dell'Adunanza plenaria del 26 aprile 2018, n. 4 (in *Vita not.*, 2018, 661 e *Foro amm.*, 2018, 586 ed oggetto della News US del 10 maggio 2018 cui si rinvia per ampi riferimenti di dottrina e di giurisprudenza), secondo cui *“le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impugate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura”*; con tale pronuncia, escludendo l'onere di tempestiva impugnazione delle clausole del bando non immediatamente lesive, la Plenaria ha negato l'autonoma tutelabilità di un diritto alla legittimità della procedura di gara sganciato dalla spettanza dell'utilità finale, in linea con l'orientamento tradizionale; quanto al nuovo rito c.d. *“super accelerato”* di cui ai commi 2 *bis* e 6 *bis* dell'art 120 del c.p.a. la Plenaria ne riconosce la rilevante portata innovativa e concorda sul fatto che con la detta prescrizione normativa il legislatore abbia inteso espressamente ed eccezionalmente riconoscere autonoma rilevanza ad un interesse procedimentale (quello legato alla corretta formazione della platea dei concorrenti) riconoscendo ad esso una rapida protezione giurisdizionale; non ritiene tuttavia che dallo stesso possano trarsi considerazioni espressive di un principio generale;

- q) sui caratteri dell'interesse a ricorrere nel processo amministrativo, con specifico riferimento al c.d. interesse strumentale e per l'affermazione secondo cui gli assetti delle giurisdizioni nazionali e della stessa Unione europea, configurano il ricorso al giudice amministrativo come ricorso nell'interesse di una parte e mai come ricorso volto al rispetto formale delle regole, a prescindere da ogni interesse, si veda Cons. Stato, Ad. plen., ordinanza 11 maggio 2018, n. 6 (in *Foro it.*, 2018, III, 429, con nota di SIGISMONDI ed oggetto della News US del 22 maggio 2018 con ampi riferimenti di dottrina e di giurisprudenza, cui si rinvia anche avuto riguardo ai più recenti approdi della Corte costituzionale in punto di impossibilità di configurare la tutela dell'interesse meramente strumentale dell'impresa che non abbia partecipato ad una gara), secondo cui *“va rimesso alla Corte di Giustizia Ue 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)";*

r) sulla definitività dell'esclusione, ove non impugnata con il rito super accelerato, con conseguente preclusione alla impugnazione dell'aggiudicazione, per difetto di legittimazione, si vedano:

r1) Corte di giustizia UE, sez. VIII, 21 dicembre 2016, C- 355/15, GesmbH (in Gazzetta forense, 2017, 80, con nota di GILIBERTI, nonché oggetto della News US del 4 gennaio 2017 ai cui approfondimenti si rinvia), la quale ha affermato che *"l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che a un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva sia negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto, allorché a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario e detto offerente sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa";*

r2) tuttavia, in assenza di una esclusione "definitiva", la successiva Corte di giustizia dell'UE, sez. VIII, 10 maggio 2017, C-131/16, Archus (in Foro amm., 2017, 999 e Riv. giur. edilizia, 2017, I, 533, nonché oggetto della News US del 19 maggio 2017 ai cui approfondimenti si rinvia), ha precisato che *"la direttiva 92/13/CE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve*

*essere interpretata nel senso che, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, in cui una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico ha dato luogo alla presentazione di due offerte e all'adozione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, di due decisioni in contemporanea recanti rispettivamente rigetto dell'offerta di uno degli offerenti e aggiudicazione dell'appalto all'altro, l'offerente escluso, che ha presentato un ricorso avverso tali due decisioni, deve poter chiedere l'esclusione dell'offerta dell'offerente aggiudicatario, in modo tale che la nozione di «un determinato appalto», ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13, come modificata dalla direttiva 2007/66, può, se del caso, riguardare l'eventuale avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico”;*

- r3) già con la sentenza 5 aprile 2016 C- 689/13, Puligienica, (in *Foro it.*, 2016, IV, 324, con nota di SIGISMONDI oggetto della News US del 7 aprile 2016 cui si rinvia per gli approfondimenti), in linea con la sentenza 4 luglio 2013, n. 100, *Fastweb*, (in *Foro it.*, 2015, IV, 311, con nota di CONDORELLI), la Corte di Giustizia aveva chiarito che *“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, deve essere interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato dall'altro offerente”;*
- s) sulla tutelabilità dell'interesse strumentale nell'ordinamento nazionale e comunitario si segnala quanto segue:
- s1) nel senso della impossibilità di configurare la tutela del c.d. interesse strumentale nell'attuale ordinamento del processo amministrativo nazionale, caratterizzato dalla peculiare disciplina delle condizioni delle azioni (in particolare interesse ad agire e legittimazione), strumentale alla realizzazione del giusto processo ex art. 111 Cost., si vedano: Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5 (specie §§ 5 ss., e 9.2. ss., in *Foro it.*, 2015, III, 265, con nota di TRAVI; *Riv. dir. proc.*, 2015, 1256, con nota di FANELLI; *Giur. it.*, 2015, 2192 con nota di FOLLIERI; *Dir. proc. ammin.*, 2016, 205, con

nota di PERFETTI e TROPEA); Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 272, in *Foro it.*, 2015, III, 345; Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9 in *Foro it.*, 2014, III, 429, con nota di SIGISMONDI, *Dir. proc. amm.*, 2014, 544, con nota di BERTONAZZI, *Urbanistica e appalti*, 2014, 1075 (m), con nota di FANTINI, *Giornale dir. amm.*, 2014, 918 (m), con note di FERRARA, BARTOLINI, *Nuovo notiziario giur.*, 2014, 550, con nota di BARBIERI; le citate sentenze sono tutte nel senso: I) di non consentire la tutela del c.d. interesse strumentale perché in contrasto con le esigenze di evitare l'abuso del processo ed il sindacato su poteri non ancora esercitati dalla stazione appaltante; II) di considerare il processo quale risorsa scarsa da attingere solo dopo essere stato superato il filtro delle condizioni dell'azione in cui è insito un giudizio di meritevolezza della pretesa; III) di esigere che il processo sia volto a tutelare interessi concreti ed attuali e non futuri ed incerti, di mero fatto quando non emulativi, per giunta rimessi ad una incoercibile nuova determinazione dell'Amministrazione;

s2) successivamente alla pubblicazione della sentenza della Corte di giustizia *Puligienica*, le conclusioni cui è pervenuta la sentenza *GesmbH*, sono state anticipate dal Consiglio di Stato in una sequela di pronunce, fra cui si segnalano: Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180; Cons. Stato, sez. IV, 25 agosto 2016, n. 3688; Cons. Stato, sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1560; per tali arresti, è inammissibile per difetto di legittimazione l'impugnativa dell'impresa che non abbia partecipato *ab imis* alla procedura, ovvero sia stata legittimamente esclusa dalla gara, dato che tale soggetto, per effetto dell'esclusione o della mancata presentazione della domanda, rimane privo non soltanto del titolo a partecipare alla gara ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle scansioni procedurali; il suo interesse protetto, invero, da qualificare interesse di mero fatto o strumentale, non è diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo a impugnare gli atti, essendo portatore di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione, al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di riedizione della nuova gara; Cons. Stato sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708, secondo cui non potrebbe ammettersi l'impugnativa dell'aggiudicazione di una gara da parte di un'impresa che certamente da un tale annullamento non potrebbe ricavare alcun vantaggio (anche di ordine strumentale in quanto relativo alla possibilità di ripetizione della gara), perché non ha partecipato alla medesima gara, o non ha proposto censure nei confronti di tutte le imprese che la precedono in graduatoria (ovvero non le ha evocate in

giudizio) e di cui si lamenta, però la illegittimità della mancata esclusione; tali conclusioni potrebbero tuttavia necessitare una rimediazione alla luce della sentenza della Corte di giustizia *Archus* cit.;

- s3) in dottrina R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo*, IV ed., Milano, 2017, 759 ss, 2056 ss., nega in radice che l'interesse strumentale sia configurabile quale interesse legittimo; G. SIGISMONDI, *Ricorso incidentale escludente: l'ultimo orientamento della Corte di giustizia porta all'emersione di un contrasto più profondo*, in *Foro it.*, 2016, IV, 336, secondo cui il punto di maggiore criticità nell'indirizzo a base della sentenza *Puligienica*, consiste nel fatto che esso "...si pone in contrasto diretto con i principî di fondo del nostro ordinamento processuale, del quale vengono disgregati la coerenza interna e i principî fondanti. Si pone allora una seria questione di compatibilità tra la prospettiva comunitaria e il sistema di principî (e per certi aspetti di valori) definito dalla Costituzione italiana (che disegna il diritto alla tutela giurisdizionale e il principio di azionabilità nei confronti delle decisioni dell'amministrazione in chiave espressamente soggettiva e in modo non condizionato dalla materia): un problema che sta emergendo in modo sempre più consistente, nonostante la dichiarata autonomia riconosciuta agli Stati membri nella definizione delle proprie regole processuali.