



13 MAGGIO 2020

Procedure ad evidenza pubblica,
efficienza amministrativa ed altri valori
costituzionali: esigenze di
bilanciamento. Riflessioni a margine di
Corte Cost. 271/2019

di Leonardo Salvemini

Professore a contratto di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Milano e il Politecnico di Milano

Procedure ad evidenza pubblica, efficienza amministrativa ed altri valori costituzionali: esigenze di bilanciamento. Riflessioni a margine di Corte Cost. 271/2019*

di Leonardo Salvemini

Professore a contratto di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Milano e il Politecnico di Milano

Abstract [It]: Efficienza: un principio che deve, o quantomeno dovrebbe, accompagnare ogni atto della p.a. e che, per essere attuato, richiede strumenti idonei ad ottimizzare l'operato degli enti pubblici, riducendo al minimo gli sprechi, ma senza comprimere altri diritti fondamentali. In altre parole, occorre conciliare efficienza amministrativa, diritto di difesa, giusto processo ed uguaglianza. Un compito svolto dalla Corte costituzionale nella pronuncia 271 del 2019, che, nel valutare la legittimità del rito «super-accelerato», affronta temi di interesse generale. Temi che l'autore si propone di ricostruire, individuando, tra le righe della sentenza, le emblematiche osservazioni sul bilanciamento tra principi costituzionali, nonché sull'interesse ad agire sotteso ai provvedimenti emessi in sede di procedura ad evidenza pubblica. Ne deriva un elaborato volto a dimostrare la rilevanza e l'attualità della citata pronuncia, nonostante la recente abrogazione del rito «super-accelerato», che pur continua ad applicarsi a taluni processi e, pertanto, a suscitare ancora oggi l'interesse di operatori economici e giuristi.

Abstract [En]: Efficiency: a principle that must, or at least should, accompany every act of the P.A. and that, to be implemented, requires suitable tools to optimize the work of public bodies, minimizing waste, but without compressing the fundamental rights "involved" by the administrative action. It is therefore necessary to reconcile administrative efficiency, right of defense, fair trial and equality, in all its forms. In assessing the legitimacy of the «super-accelerated» rite, the Constitutional Court addressed issues of general interest in ruling n. 271 of 2019. Topics that the author proposes to reconstruct, identifying, among the folds of the sentence, the emblematic observations on the balance of the constitutional principles, as well as on the interest in acting underlying the measures issued in the public procedure. The result is an elaborate aimed at demonstrating the relevance and topicality of the aforementioned ruling, in spite the recent repeal of the "super-accelerated" ritual, which although continues to apply to certain processes and, therefore, still arouse the interest of economic operators and legal professionals.

Sommario: 1. Premessa: attività amministrativa ed evidenza pubblica. 2. Principi costituzionali alla base dei contratti della p.a. 3. Efficienza amministrativa e rito «super-accelerato». 4. Certezza e stabilità delle procedure di gara: un sacrificio per altri valori? 5. A rischio l'effettività della tutela giurisdizionale. Necessità di un bilanciamento tra i principi costituzionali. 5.1. La tutela del diritto di difesa: la Corte suggerisce ragionevolezza. 5.2. Onere di immediata impugnazione e diritto ad una giustizia economicamente accessibile. 6. Onere di immediata impugnazione, giusto processo ed esigenze di economia processuale. In cerca di equilibrio. 7. L'interesse ad agire tra l'efficienza della P.A e un sistema soggettivo di giustizia amministrativa. 7.1. L'organo di garanzia costituzionale alla ricerca di un nuovo interesse ad agire. 7.2. La presunta e scongiurata violazione del principio di uguaglianza (cenni). 8. Considerazioni conclusive.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Premessa: attività amministrativa ed evidenza pubblica

La cura degli interessi pubblici può aver luogo anche attraverso la stipula di contratti di diritto privato, purché attinenti alle finalità pubbliche: un collegamento che si riflette sul procedimento adottato e che è valso a quest'ultimo la denominazione di procedura ad evidenza pubblica.¹

Il termine “evidenza pubblica” è stato utilizzato, per la prima volta, da Massimo Severo Giannini per definire la procedura con cui la p.a. provvede alla scelta del contraente e alla stipula del contratto, attraverso «*due procedimenti paralleli*»: uno disciplinato, seppur con alcune varianti, dalle norme di diritto privato e l'altro regolato dal diritto amministrativo.²

È ad “evidenza pubblica”, quindi, il procedimento che accompagna la conclusione dei contratti della P.A. e che si svolge attraverso una serie di atti amministrativi volti a «*rendere note le ragioni di pubblico interesse che giustificano l'intenzione del contraente, la scelta della controparte e la formazione del consenso*».³

In altre parole, il contratto della p.a. è un «*normale atto di diritto privato*» ma la sua stipula «*deve essere preceduta da un procedimento amministrativo che si innesta e va a integrare le regole del diritto privato*».⁴ Un procedimento rispettoso non solo della disciplina privatistica ma anche, e soprattutto, dei principi fondamentali che regolano l'attività pubblica. Principi che, come noto, innervano tutti gli atti compiuti dalla p.a., anche quelli di diritto privato e che pertanto trovano applicazione nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

2. Principi costituzionali alla base dei contratti della p.a.

In forza dell'art. 97 Cost., i principi di legalità, imparzialità e buon andamento si pongono a fondamento di ogni attività amministrativa.

Il buon andamento impone, in particolare, alla p.a. di agire sempre in modo adeguato e conveniente, ponendo in essere un'attività economica, efficace ed efficiente.

Il principio di economicità attiene al rapporto tra i risultati e i mezzi a disposizione per conseguirli. L'efficacia impone, invece, di ottimizzare la relazione tra gli obiettivi conseguiti e quelli che si sarebbero dovuti raggiungere. In ultimo, l'efficienza richiede il giusto bilanciamento tra risorse impiegate e risultati ottenuti.

¹ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2016, p. 609.

² M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, pp. 363 ss.

³ E. CASSETTA, *op. cit.*, p. 609.

⁴ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike Giuridica, 2018, pp. 1518 s.

In particolare, l'efficienza è intesa come «massimizzazione del benessere»⁵ ovvero come miglior distribuzione possibile delle risorse disponibili. Essa impone, quindi, di individuare soluzioni in grado di assicurare il raggiungimento dei risultati, con il minor numero possibile di risorse.⁶

In un siffatto contesto, alla p.a. è richiesto di organizzarsi per ottimizzare il proprio operato, trovando la perfetta combinazione tra obiettivi e fattori produttivi.⁷ Al legislatore, invece, è rimesso il compito di individuare gli strumenti utili a consentire tale ottimizzazione. Egli deve, dunque, introdurre nell'ordinamento norme funzionali, da un lato, a consentire la realizzazione del pubblico interesse e, dall'altro, a ridurre al minimo gli sprechi di tempo e di risorse, sia umane che economiche.

Negli ultimi anni, sono stati numerosi gli strumenti introdotti dal legislatore per favorire l'efficienza amministrativa. Si ricordi, ad esempio, la digitalizzazione o la riorganizzazione dei pubblici uffici. Non solo, si pensi anche alle riforme che hanno interessato il settore dei contratti pubblici, come, ad esempio, quelle inerenti l'art. 120 del D.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 (c.p.a.).

3. Efficienza amministrativa e rito «super-accelerato»

L'articolo 120 c.p.a. contiene disposizioni specifiche per i giudizi inerenti i provvedimenti assunti nelle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture. Tale disposto normativo è stato innovato, nel 2016, dall'art. 204 del Codice dei contratti pubblici.⁸ Quest'ultimo ha introdotto i commi 2 *bis* e 6 *bis* che, sebbene siano stati successivamente abrogati dal D.L. 32/2019, sono ancora oggi applicabili⁹ a tutti

⁵ F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Giuffrè, 2002, pp. 25-28.

⁶ D. VESE, *L'efficienza della decisione amministrativa. Semplificazione e accelerazione del procedimento nelle recenti riforme della pubblica amministrazione*, in *Federalismi.it*, 2018, p. 10.

⁷ E. CASETTA, *op. cit.*, p. 53 che rinvia a R. D'AMICO, G. MASSARI, A. PETRALIA, F. RAMIOLO, *Manuale di scienza dell'amministrazione*, Roma, 1972.

⁸ L'articolo 120 c.p.a. è stato modificato da parte dall'art. 204 D.lgs. 50/2016, al fine di dare esecuzione all'art. 1 comma 1 lett. bbb) della L. 28 gennaio 2016, n. 11, emanante deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e fornitura. Nello specifico, la L. 11/2016 aveva delegato il Governo a rivedere il rito abbreviato per i giudizi concernenti le procedure di affidamenti di pubblici servizi, 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 impugnazione dei successivi provvedimenti di valutazione delle offerte e di aggiudicazione, provvisoria e definitiva. Il Governo aveva dato attuazione a tale delega con l'art. 204 Codice dei Contratti pubblici (D.lgs. 50/2016) volto, tra il resto, a modificare il comma 9 dell'art. 120 c.p.a. ed introdurre i commi 2 *bis* e 6 *bis*. In generale, sul percorso legislativo che ha condotto all'introduzione del *c.d.* rito super-accelerato cfr., in dottrina, M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, n. 10, 2016, pp. 3 ss.

⁹ I commi 2 *bis* e 6 *bis* dell'art. 120 del D.lgs. 104/2010 sono stati abrogati dall'art. 1, comma 22, lett. a), D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla L. 14 giugno 2019, n. 55. Secondo tale disposto normativo, l'abrogazione si applica ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione. Una previsione che ha dato adito ad alcuni dubbi interpretativi. In particolare, si è reso necessario comprendere l'esatta portata dell'espressione «processi

i processi iniziati prima dell'entrata in vigore della legge di conversione e conservano, quindi, attualità ed interesse per tutto il modo giuridico, come recentemente affermato dalla terza sezione del Supremo Consesso della Giustizia Amministrativa.¹⁰

In particolare, il comma 2 *bis* della citata norma dispone l'obbligo di immediata impugnazione dei provvedimenti di esclusione e di ammissione alla procedura di affidamento.¹¹

Il termine di trenta giorni previsto per l'impugnazione decorre dalla pubblicazione dell'atto e, se non rispettato, preclude la possibilità di far valere l'illegittimità derivata dei successivi provvedimenti.¹²

In altre parole, l'articolo *de quo* dispone l'obbligo di impugnare i provvedimenti di ammissione e di esclusione all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali non al termine della procedura di aggiudicazione.

iniziato», al fine di chiarire se il disposto dell'art. 120 comma 2 *bis* c.p.a. si continui ad applicare ai provvedimenti di ammissione non impugnati durante la vigenza del rito «super-accelerato».

Sul punto, si sono sviluppati diversi orientamenti giurisprudenziali.

Secondo un primo orientamento, se il provvedimento di ammissione alla gara è stato adottato durante la vigenza del comma 2 *bis* dell'art. 120 c.p.a., il ricorso avverso le ammissioni dei controinteressati deve essere notificato nei termini previsti dal predetto disposto normativo. Quest'ultimo, quindi, continua ad applicarsi ai provvedimenti adottati durante la sua vigenza e la mancata tempestiva contestazione determina l'impugnabilità del provvedimento. In dette ipotesi, infatti, non trovano applicazione le modifiche introdotte dal D.L. 18 aprile 2019, n. 32, il quale ha effetto *ex nunc* e non incide, pertanto, sui provvedimenti già perfezionati al momento dell'entrata in vigore della legge di conversione (cfr. TarLazio, Roma, 8 novembre 2019 n. 7258).

Secondo un diverso orientamento, il processo si intende iniziato nel momento in cui ha avuto luogo la notifica del ricorso. È in detto istante, infatti, che il soggetto ricorrente sceglie la strada processuale da percorrere, con relativi termini ed oneri. La preclusione processuale di cui all'art. 120 comma 2 *bis* c.p.a. non pare, quindi, applicabile ai provvedimenti emessi durante la vigenza del rito «super-accelerato», ma oggetto di un ricorso notificato successivamente all'abrogazione del predetto istituto. Ne consegue, l'ammissibilità del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione, anche se attiene alla legittimità del provvedimento di ammissione, purché la sua notificazione abbia avuto luogo in un momento successivo all'abrogazione del rito (cfr. TARCalabria, Reggio Calabria, 13 maggio 2019, n. 324).

Un terzo filone giurisprudenziale ritiene, invece, opportuno far riferimento al momento di deposito del ricorso (e non a quello di notifica). È solo in detto istante, infatti, che ha inizio il rapporto processuale ed è, pertanto, alla legge in vigore in quel momento che si deve guardare per individuare eventuali termini e preclusioni. Ne consegue che, se il ricorso è depositato in un momento successivo all'entrata in vigore della legge di conversione, l'art. 120 comma 2 *bis* c.p.a. non può trovare applicazione. Il ricorso avverso l'aggiudicazione depositato dopo il 14 giugno 2019 è, quindi, ammissibile, anche se contiene censure sulla legittimità di un provvedimento di ammissione emesso durante la vigenza del rito «super-accelerato» (cfr. Cons. St., 148/2020 e TARPuglia, 764/2019; M. MANGANO, *Abrogazione dell'art. 120 comma 2 bis ed applicazione alle ammissioni non impugnate nella sua vigenza*, in *Quotidiano d'informazione giuridica*, 2019). Sull'abrogazione del rito *c.d.* super-accelerato e sulle sue conseguenze si rinvia, in dottrina, a M. LIPARI, *Il rito superspeciale in materia di ammissioni e di esclusioni (art. 120, co. 2-bis e 6-bis del cpa) va in soffitta. E, ora, quali conseguenze pratiche?*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2019, pp. 1 ss. e D. GALLI, *Ritorno alle origini: la soppressione del rito superaccelerato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6, 2019, pp. 746 ss.

¹⁰ Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2020, n. 546.

¹¹ «Immediata sta per anteriore al successivo svolgimento della procedura di gara, ossia alla (fase della valutazione delle offerte che culmina con il provvedimento di) aggiudicazione» (L. BERTONAZZI, *Limiti applicativi del nuovo giudizio di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. e sua compatibilità con la tutela cautelare*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2017, p. 715).

¹² Art. 120 comma 2 *bis* D.lgs. 104/2010.

Non solo, l'art. 120 c.p.a. contiene anche un particolare giudizio per l'impugnazione dei provvedimenti in parola. Un giudizio la cui definizione avviene entro tempi brevi (30 giorni)¹³ e che, conseguentemente, riduce il tempo concesso alle parti per la produzione di documenti e memorie¹⁴, elimina la possibilità di cancellazione della causa dal ruolo e limita i casi di rinvio alle sole ipotesi in cui sussistono esigenze istruttorie o di integrazione del contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale. Anche in detti casi, tuttavia, i tempi sono ridotti.¹⁵

Analogamente, il Tribunale deve provvedere al deposito della sentenza entro trenta giorni, salva la possibilità per le parti di chiedere l'anticipazione della pubblicazione del dispositivo¹⁶, e l'eventuale appello deve essere proposto entro i trenta giorni successivi. Non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla sua pubblicazione.¹⁷

La modifica dell'articolo 120 c.p.a ha, quindi, sottoposto giudizi relativi ai provvedimenti di ammissione o esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica ad un «rito straordinariamente accelerato»¹⁸ che, per tale ragione, è stato denominato rito «ipercontratto»¹⁹, «super-speciale»²⁰, «super-veloce», «di terzo grado» o «super-accelerato».²¹

¹³ L'art. 120 comma 6 *bis* D.lgs. 104/2010 dispone la definizione in camera di consiglio entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti, diverse dal ricorrente. Su richiesta, il ricorso può essere definito, negli stessi termini, in udienza pubblica. «*Appare chiaro che si è voluta evitare la violazione dell'art. 47 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea per la quale ogni individuo ha diritto, tra l'altro, a che la causa sia esaminata pubblicamente, come ha avuto modo di stigmatizzare la Cedu, in applicazione dell'art. 6 della Convenzione, proprio nei confronti dell'Italia*». Ad avviso della dottrina, tuttavia, rimangono alcuni dubbi che una siffatta previsione sia sufficiente a garantire un equo processo: «*può essere rimesso alla scelta del singolo l'effettività della tutela o, detto altrimenti, la garanzia del diritto fondamentale è rinunciabile ovvero va, comunque, assicurato nell'interesse della giustizia?*» (E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici, in Urbanistica e appalti*, pp. 883 s.). Sul punto cfr. anche L. PRESUTTI, *Il precontenzioso e il rito accelerato nelle procedure per l'affidamento di contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, p. 312.

¹⁴ Ai sensi dell'art. 120 comma 6 *bis* D.lgs. 104/2010, il provvedimento di fissazione dell'udienza è comunicato alle parti quindici giorni prima. Le stesse possono produrre documenti fino a dieci giorni prima e memorie fino a sei giorni prima ovvero presentare, fino a tre giorni prima, repliche ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista della camera di consiglio.

¹⁵ In dette ipotesi, alle parti è assegnato un termine non superiore a tre giorni e la nuova camera di consiglio è fissata entro i quindici giorni successivi (Art. 120 comma 6 *bis* D.lgs. 104/2010).

¹⁶ Art. 120 comma 9 D.lgs. 104/2010.

¹⁷ Art. 120 comma 6 *bis* D.lgs. 104/2010.

¹⁸ 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. I nuovi limiti alla tutela giurisdizionale*, in *L'amministrativista*, 4 maggio 2016, p. 14.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Cons. St., parere 1 aprile 2016 n. 855, relativo allo *Schema di decreto legislativo recante "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione"*, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n. 11, p. 212.

²¹ La denominazione «rito super-accelerato», «rito super-speciale» o «di terzo grado» deriva dal fatto che la procedura di cui all'articolo 120 commi 6 *bis* e 9 D.lgs. 104/2010 contiene un insieme di regole acceleratorie e speciali rispetto alle norme di cui all'art. 120, le quali prevedono, a loro volta, tempi ridotti e disposizioni speciali rispetto alla procedura ordinaria. Si tratta, quindi, di un «rito caratterizzato da una specialità "ulteriore" rispetto al processo "appalti". (...). Insomma, si tratta di una specialità "di terzo grado"» (M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale*, op. cit., p. 31).



Attraverso l'introduzione del suddetto rito, il legislatore ha cercato di «assicurare la massima certezza in ordine alla definizione dei soggetti ammessi alla procedura»²², evitando, in tal modo, che le contestazioni riguardanti una prima fase della gara inficino l'intero operato della p.a.

²² M. LIPARI, *ivi*, p. 15.

All'esito delle gare pubbliche, infatti, era prassi comune per le imprese non aggiudicatrici tentare di sovvertire la graduatoria, mettendo in discussione i requisiti di partecipazione del vincitore, che, da parte sua, cercava di contestare i requisiti del ricorrente, proponendo un ricorso incidentale escludente^{23, 24}.

²³ Nel periodo di vigenza del rito «super-accelerato», dottrina e giurisprudenza si sono confrontate su diverse questioni problematiche, tra cui la possibilità, o meno, di proporre ricorso incidentale, sia da parte di altri partecipanti alla gara nei confronti del concorrente che ha impugnato la propria esclusione, sia da parte del concorrente la cui ammissione è stata impugnata, nei confronti del ricorrente principale.

In merito alla prima ipotesi, una parte della dottrina ha escluso tale possibilità in ragione dall'assenza di un interesse; interesse che non può ritenersi introdotto dal rito «super-accelerato». La portata innovativa di quest'ultimo, infatti, è sostanzialmente confinata all'impugnabilità dei soli atti di ammissione (M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2016, p. 14). Secondo una diversa interpretazione, invece, ogni competitor ha la possibilità di proporre ricorso incidentale avverso l'impugnazione dei provvedimenti di esclusione, al fine di introdurre in giudizio nuovi profili che ne confermino la carenza dei requisiti di partecipazione alla gara (G. LA ROSA, *Il ricorso incidentale nel rito "super-speciale" di cui all'art. 120, commi 2 bis e 6 bis, c.p.a.*, in *Urbanistica e Appalti*, 2018, p. 180).

Un analogo contrasto interpretativo è sorto anche in merito alla seconda ipotesi.

Secondo un primo orientamento, l'impresa, la cui ammissione è stata impugnata, non può presentare ricorso incidentale avverso l'ammissione del ricorrente principale. Il ricorso incidentale, infatti, intende tutelare un interesse che sussiste sin dall'adozione del provvedimento di ammissione e non sorge in seguito alla proposizione del ricorso principale. Al fine di evitare ricorsi meramente pretestuosi, quindi, il legislatore ha introdotto, per il concorrente del quale si contesta l'ammissione, una «*fiction iuris*» circa il suo interesse all'esclusione degli altri operatori. In altre parole, egli diviene «insensibile» rispetto alle potenziali azioni processuali promosse nei suoi confronti dagli altri concorrenti (cfr. G. LA ROSA, *op. cit.*, pp. 179 ss., secondo cui «una volta che il legislatore ha tipizzato, a mezzo di una *fiction iuris*, l'interesse in capo a ogni concorrente a censurare gli atti di ammissione dei competitori alla medesima procedura di gara, non può revocarsi in dubbio come lo stesso abbia natura originaria e autonoma ed è indipendente dalla proposizione dell'altrui ricorso»). Sul tema, cfr. anche G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in C. CONTESSA, D. CROCCO, *Codice degli appalti e delle concessioni. Il D. Lgs. 50/2016 commentato articolo per articolo*, Dei, 2016, p. 12, secondo cui «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».

Secondo un diverso orientamento, sostenuto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (sentenza n. 5182 del 10 novembre 2017. In termini cfr. anche Cons. st., sez. III, 27 marzo 2018, n. 1902), invece, il ricorso incidentale avverso l'ammissione del ricorrente principale è ammissibile. In primo luogo, infatti, tale possibilità non offende la *ratio* del nuovo rito, il quale ha il principale scopo di impedire, nel giudizio sull'aggiudicazione, la formulazione di censure relative alla fase di ammissione. In secondo luogo, il ricorso incidentale avverso l'ammissione del ricorrente si giustifica in base al disposto dell'art. 120 comma 6 bis c.p.a., laddove prevede espressamente la possibilità di rinviare l'udienza per proporre ricorso incidentale. In ultimo, il ricorso incidentale costituisce uno strumento per l'esercizio del diritto di difesa, di cui la parte non può essere privata. In caso contrario, infatti, al concorrente non rimarrebbe altra scelta che agire in via preventiva. Egli sarebbe, quindi, privato della possibilità di esercitare in modo proporzionato e consapevole il suo diritto di azione, in palese contrasto con l'art. 24 Cost. (A. SQUAZZONI, *Morire per il ricorso incidentale paralizzante?*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2018, I, p. 449).

Una volta ammessa la possibilità di proporre ricorso incidentale, si è posto il problema della decorrenza del termine di decadenza per la presentazione dello stesso. Sul punto si sono diffusi due diversi orientamenti. Secondo un primo orientamento, è inammissibile il ricorso incidentale che non sia stato proposto tempestivamente ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis c.p.a. ovvero entro trenta giorni dalla pubblicazione del provvedimento impugnato. Infatti, «se l'omessa impugnazione dell'ammissione degli altri concorrenti fa consumare, (...), il potere di dedurre le relative censure in sede di impugnazione dell'aggiudicazione, parimenti tali censure non potranno essere mosse dall'aggiudicatario che volesse paralizzare, con lo strumento del ricorso incidentale, quello principale proposto avverso l'affidamento dell'appalto, allorché non abbia tempestivamente esercitato detto potere» (TAR Lazio, sez. Ibis, 8 febbraio 2017, n. 2118). Secondo una diversa interpretazione, invece, sulla base del combinato disposto dagli artt. 42 comma 1 e 120 c.p.a., è ammissibile il ricorso incidentale proposto entro il termine di trenta giorni a decorrere dalla ricevuta notificazione del ricorso principale (Cons. st., sez. III, 27 marzo 2018, n. 1902 e Cons. st., sez. III, 10 novembre 2017, n. 5182). In altre parole, il ricorso incidentale, presentato entro 30 giorni dal ricorso principale, è tempestivo rispetto al termine di cui all'art. 120 comma 2 bis, c.p.a., anche se il provvedimento a cui si riferisce risale a

Il rischio era palese: l'accoglimento di ricorsi attinenti ai requisiti di partecipazione alla gara travolgeva l'intera procedura amministrativa, vanificandola e obbligandola a ricominciare, con enormi costi per tutti i soggetti pubblici e privati coinvolti.²⁵

È evidente che il riavvio di una procedura amministrativa pubblica, a gara ormai compiuta, influisce sull'efficienza dell'attività amministrativa. A dispetto del principio che impone di ridurre al minimo gli sprechi, infatti, la p.a. si trova a dovere impiegare nuove risorse per raggiungere un obiettivo che, di fatto, è già stato realizzato.

In un siffatto contesto, è sorta l'esigenza di evitare che le illegittimità della fase preparatoria si ripercuotano sull'esito conclusivo della gara.²⁶ Il legislatore è, quindi, intervenuto con il rito «super-accelerato» che, predisponendo l'immediata impugnazione di provvedimenti di ammissione od esclusione, evita una possibile replica delle procedure di gara.

In conclusione, il rito «super-accelerato» si presenta come uno dei tanti strumenti predisposti per tutelare l'efficienza amministrativa. Una funzione che, tuttavia, non è stata univocamente apprezzata.

4. Certezza e stabilità delle procedure di gara: un sacrificio per altri valori?

All'indomani della sua entrata in vigore, il «rito super-accelerato» ha suscitato numerose e differenti reazioni critiche.²⁷

più di trenta giorni prima. Il termine di presentazione del ricorso incidentale, infatti, decorre dalla data di presentazione del ricorso principale e non dal giorno di pubblicazione del provvedimento (Tar Liguria, sez. II, 18 febbraio 2019, n. 129).

²⁴ E. BOSCOLO, *Il rito superspeciale sulle esclusioni e ammissioni dei concorrenti*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2017, p. 178.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ E. FOLLIERI, *op. cit.*, p. 886.

²⁷ La nuova procedura è stata criticata in relazione a molteplici aspetti. Alcuni sono stati risolti dall'intervento della giurisprudenza e del legislatore, come, ad esempio, le problematiche inerenti la decorrenza del termine per impugnare. L'articolo 120 comma 2 *bis* c.p.a. dispone l'impugnazione dei provvedimenti di esclusione ed ammissione entro trenta giorni. Il termine decorre dalla pubblicazione degli atti sul profilo del committente. All'indomani dell'entrata in vigore del disposto normativo non era previsto alcun obbligo di comunicazione ai partecipanti dei predetti provvedimenti e delle relative motivazioni. Solo in presenza di un'apposita richiesta i soggetti aggiudicatori erano tenuti ad esprimere le ragioni del rigetto o di selezione di un'offerta, nonché il nome dell'aggiudicatario. In ogni caso, non era possibile conoscere i motivi di ammissione degli altri concorrenti. Il legislatore aveva, quindi, imposto l'immediata impugnazione dei provvedimenti di esclusione ed ammissione, senza preoccuparsi di assicurare una «conoscenza della documentazione e dei motivi che ne sono alla base». (M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti al diritto*, *op. cit.*). In un siffatto contesto normativo, dottrina e giurisprudenza hanno evidenziato la necessità di definire il rapporto tra pubblicazioni, comunicazioni e decorrenza del termine per impugnare. È stata, in particolare, sottolineata la necessità di aggiornare il sistema di comunicazione e pubblicità degli atti di cui all'articolo 29 del D.lgs. 50/2016. La modifica dell'art. 29 del Codice dei Contratti pubblici è avvenuta ad opera dell'art. 19 D.lgs. 56/2017 che ha introdotto il dovere di avvertire, entro due giorni, i candidati e i concorrenti del provvedimento di ammissione o esclusione, nonché dell'ufficio o del collegamento informatico ove sono disponibili i relativi atti, corredati di motivazione. È stato, inoltre, disposto che il termine per impugnare decorre solo dal momento in cui tali documenti sono in concreto accessibili. Sul tema, cfr., in dottrina, G. LO SAPIO, *Rito superaccelerato e tecniche di "giuridificazione" degli interessi. Il commento*, in *Urbanistica e appalti*, 2018, pp. 510 ss. e M. A. SANDULLI, *Un mini passo in avanti verso l'effettività della tutela in tema di contratti pubblici? Primissime considerazioni sull'art. 19 d.lgs. n. 56/2017*, in *Federalismi.it*, 2017, pp. 2 ss.; ID, *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa: il confronto*, in

In primo luogo, il rito in parola è stato disapprovato in relazione alla sua scarsa efficacia.²⁸ Se, da un lato, è vero che l'obbligo di impugnazione immediata assicura certezza alle procedure di aggiudicazione, favorendo l'efficienza amministrativa, dall'altro è stato osservato come tale sua funzione opera «*con pienezza solo in pochissimi casi*» ovvero solo in presenza di una sensibile distanza temporale tra la verifica dei requisiti e la valutazione delle offerte e, soprattutto, di un ridotto numero di operatori economici.²⁹ Infatti, nelle ipotesi in cui la fase di ammissione e quella di scelta del contraente siano contestuali o a breve distanza, il rito in parola risulta di scarsa utilità³⁰ mentre, nel caso in cui siano presenti decine di operatori, l'onere di esaminare e contestare tutte le ammissioni appare eccessivo.³¹

Nei suddetti casi, inoltre, la p.a. è chiamata a decidere se attendere l'esito di eventuali ricorsi avverso i provvedimenti di ammissione ed esclusione o se proseguire con la procedura ad evidenza pubblica. La prima scelta rischia di prolungare eccessivamente i tempi di gara; con la seconda, invece, l'attività della p.a. rischia di essere vanificata dal successivo accoglimento di uno dei predetti ricorsi. Ecco, quindi, i due risvolti del rito «super-accelerato» che, da un lato, tutela l'efficienza amministrativa, assicurando certezza alle procedure di aggiudicazione ma, dall'altro, rischia di compromettere tale efficienza, congestionando le procedure di affidamento e, conseguentemente, rallentando l'esercizio dell'attività pubblica.

Ne deriva un possibile sacrificio dello stesso principio di buon andamento della p.a., che potrebbe essere evitato predisponendo, da un lato, un sistema più agevole per la verifica dei requisiti dei partecipanti e, dall'altro, individuando e regolando, in modo più chiaro, la scansione temporale tra le diverse fasi della procedura³². Il primo dei predetti interventi, infatti, eviterebbe di prolungare i tempi di gara, mentre il secondo - escludendo la possibilità di poter passare alla fase dell'aggiudicazione prima di avere concluso quella di scelta dei concorrenti - eviterebbe alla p.a. di procedere con ulteriori attività che potrebbero

Federalismi.it, 2017, ID., *Nuovi limiti al diritto*, op. cit. e ID, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici*, in Federalismi.it, 2016, pp. 22 ss.

²⁸ Sull'impossibilità di perseguire il fine voluto dal legislatore cfr., in dottrina, L. BERTONAZZI, op. cit., pp. 720 ss. Sui dubbi applicativi, cfr. G. LA ROSA, op. cit., pp. 175 ss.

²⁹ M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale*, op. cit., p. 15. e E. FOLLIERI, op. cit., p. 887: del resto, il rito elettorale, da cui prende spunto quello *c.d.* super-accelerato in materia di appalti, «è definito in tappe cronologiche successive e rigide».

³⁰ Se non è possibile distinguere tra le diverse fasi, non è nemmeno possibile evitare «*confluenza di questioni nello stesso ricorso*». A tal fine, infatti, è necessario che il giudizio sull'ammissione o l'esclusione si concluda prima che intervenga l'aggiudicazione; «*il che non può verificarsi quando vi sia contemporanea decisione sull'ammissione e sulla valutazione delle offerte ovvero quest'ultima intervenga a breve distanza di tempo*». (E. FOLLIERI, op. cit., p. 887). Sul punto cfr. anche L. BERTONAZZI, op. cit., p. 715 secondo cui la legge che ha delegato il governo ad introdurre il rito in esame partiva da un duplice presupposto: articolazione bifasica della gara e sufficiente distanza temporale tra le due fasi della gara e M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale*, op. cit., p. 18.

³¹ E. FOLLIERI, op. cit., p. 889 e M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale*, op. cit., p. 15.

³² M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale*, op. cit., p. 23. Sul punto cfr. anche L. BERTONAZZI, op. cit., p. 720, il quale sottolinea la necessità di applicare il nuovo rito solo nei casi in cui il fine impresso gli dal legislatore sia effettivamente raggiungibile mentre, laddove lo stesso non sia realizzabile, «*li cessa di trovare applicazione il nuovo giudizio*».

rivelarsi inutili nel caso in cui venisse accolto uno dei ricorsi avverso i provvedimenti di ammissione ed esclusione.

In secondo luogo, nell'istituto in esame, l'esigenza di tutelare l'efficienza amministrativa pare aver preso il sopravvento, finendo per comprimere anche altri valori fondamentali, come il principio di effettività della tutela giurisdizionale, il principio del giusto processo (ragionevole durata ed economia processuale) ed il principio di uguaglianza. Aspetti che, come vedremo, sono stati recentemente portati all'attenzione della Corte costituzionale.

Nel 2018, il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia ha sollevato d'ufficio, *ex artt.* 1 legge costituzionale n. 1/1948 e 23, comma 3 legge n. 87/1953, la questione di legittimità dell'art. 120 comma 2 *bis*, primo e secondo periodo c.p.a. in riferimento agli articoli 3 comma 1, 24 commi 1 e 2, 103 comma 1, 111 commi 1 e 2, 113 comma 1 e 2 Cost. e 117 comma 1 Cost., 6 e 13 CEDU, «*nella parte in cui onera l'impresa partecipante alla gara ad impugnare immediatamente le ammissioni delle altre imprese partecipanti alla stessa gara, pena altrimenti l'incorrere nella preclusione di cui al secondo periodo della disposizione (...) e laddove comporta la declaratoria di inammissibilità del ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva da parte di chi ha ommesso di impugnare tempestivamente l'ammissione dell'aggiudicataria*». ³³

³³ TAR Puglia, Bari, sez. III, 20 giugno 2018, n. 903 e TAR Puglia, Bari, sez. III, 20 luglio 2018, n. 1097.

La questione alla base della pronuncia del 20 giugno 2018 è sorta con riguardo ad una gara d'appalto per l'affidamento dei servizi integrati di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti ospedalieri. La gara veniva indetta nell'agosto del 2017. Nel febbraio 2018, la p.a. adottava i necessari provvedimenti di ammissione. Uno dei concorrenti proponeva ricorso ai sensi dell'art. 120, comma 2 *bis* c.p.a., contestando l'ammissione di alcuni partecipanti. In particolare, le doglianze riguardavano le ammissioni dei due raggruppamenti. Le imprese di cui veniva contestata l'ammissione si costituivano in giudizio. Nel corso della camera di consiglio, il Collegio invitava le parti a discutere la questione di costituzionalità dell'art. 120, comma 2 *bis*, primo e secondo periodo c.p.a.. All'esito del giudizio, il Tribunale depositava ordinanza con la quale riteneva la questione rilevante e non manifestamente infondata.

La questione alla base della pronuncia del 20 luglio 2018 è sorta, invece, in relazione ad una gara di appalto indetta per l'affidamento del servizio di assistenza passeggeri a ridotta mobilità presso un'area aeroportuale. Chiedevano di partecipare alla gara quattro operatori economici. Nel dicembre 2017, i provvedimenti di ammissioni venivano pubblicati ai sensi dell'art. 29, comma 1 D.lgs. n. 50/2016. Nel gennaio 2018, la p.a. stilava la graduatoria provvisoria che vedeva al primo posto Alfa e al secondo Beta. Nel febbraio 2018, Beta chiedeva l'accesso ai documenti riguardanti Alfa. Tra questi documenti vi era anche un contratto di avvalimento con l'Associazione di Volontariato Protezione Civile. Il 10 aprile 2018, la p.a. aggiudicava definitivamente la gara ad Alfa e trasmetteva il provvedimento anche a Beta. Il 10 maggio 2018, Beta impugnava il provvedimento di aggiudicazione, deducendo un utilizzo distorto, da parte di Alfa, del predetto contratto di avvalimento. Si costituivano la stazione appaltante e la controinteressata Alfa, eccependo la tardività del ricorso per violazione del termine di cui all'art. 120, comma 2 *bis* c.p.a. atteso che esso avrebbe dovuto essere presentato entro trenta giorni dalla pubblicazione dei provvedimenti di ammissione e non a seguito dell'aggiudicazione. Nel corso dell'udienza pubblica, il Collegio invitava le parti a discutere la questione di costituzionalità dell'art. 120, comma 2 *bis*, primo e secondo periodo c.p.a.. All'esito del giudizio, il Tribunale depositava ordinanza con la quale riteneva la questione rilevante e non manifestamente infondata.

Sul predetto quesito, i giudici costituzionali si sono espressi con la sentenza n. 271 del 13 dicembre 2019 che, oltre a rappresentare l'ultimo capitolo del dibattito³⁴ sulla legittimità dell'art. 120 commi 2 *bis* e 6 *bis* D.lgs. 2 luglio 2010 n. 104, costituisce anche una pronuncia di particolare interesse ed attualità.

Sebbene il disposto normativo oggetto della sentenza costituzionale sia stato abrogato, infatti, essa riflette decisamente sulla legittimità di un rito che, come già sottolineato, continua ad applicarsi e con cui, inevitabilmente, gli operatori economici dovranno continuare a confrontarsi per diverso tempo.

I commi 2 *bis* e 6 *bis* dell'art. 120 c.p.a., infatti, sebbene siano stati abrogati dal successivo D.L. 32/2019, sono ancora oggi applicabili a tutti i processi iniziati prima dell'entrata in vigore della legge di conversione. Non solo, secondo un indirizzo giurisprudenziale, essi continuano ad applicarsi anche nel caso di giudizi instaurati successivamente, qualora il provvedimento di ammissione od esclusione impugnato sia stato adottato prima all'entrata in vigore del citato decreto.³⁵

Come si vedrà, infatti, la citata sentenza costituzionale affronta temi il cui interesse si estende oltre il rito «super-accelerato», per riflettersi sull'intera procedura a evidenza pubblica. Una sua attenta analisi ci permette di scorgere emblematiche osservazioni sul bilanciamento tra i principi di effettività della tutela giurisdizionale ed efficienza amministrativa, nonché tra quest'ultimo ed il giusto processo, oltre che interessanti riflessioni in merito alla tipologia di interesse ad agire sotteso ai provvedimenti emessi in sede di procedura ad evidenza pubblica.

5. A rischio l'effettività della tutela giurisdizionale. Necessità di un bilanciamento tra i principi costituzionali

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale garantisce a colui che abbia subito una lesione dei propri diritti ed interessi legittimi la possibilità di agire in giudizio (art. 24 Cost.).³⁶

³⁴ In dottrina, tra i molti, R. CAPONIGRO, *Le prime criticità nell'applicazione del nuovo codice dei contratti pubblici da parte della giurisprudenza amministrativa*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2018; G. LO SAPIO, *op. cit.*; G. LA ROSA, *op. cit.*, 2018; L. BERTONAZZI, *op. cit.*, pp. 720 ss.; L. PRESUTTI, *op. cit.*; E. TEDESCHI, *Rapporto tra ricorso principale ed incidentale in materia d'appalto: profili oggettivi della giustizia amministrativa e integrazione europea*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, pp. 1444 ss.; I. MARTELLA, *Le novità processuali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 659 ss.; M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale*, *op. cit.*; E. FOLLIERI, *op. cit.*; M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti al diritto*, *op. cit.*; ID, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2016; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2016 e G. SEVERINI, *op. cit.*. In giurisprudenza cfr. Cons. St., ad. plen., 11 maggio 2018, n. 6; TAR Piemonte, sez. I, ord. 17 gennaio 2018, n. 88; CGUE, sez. IV, ord., 14 febbraio 2019, C-54/18; CGUE, sez. X, 5 settembre 2019, C-333/18; TAR Puglia, Bari, sez. III, 20 giugno 2018 n. 903 e TAR Puglia, Bari, sez. III, 20 luglio 2018, n. 1097.

³⁵ TAR.Lazio, Roma, 8 novembre 2019 n. 7258.

³⁶ In dottrina, tra i molti, cfr. G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, 2018, pp. 1 ss.; G. PEPE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi provvedimento*, in *Federalismi.it*, 2017, pp. 1 ss.; D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, pp. 907 ss.; R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 2011, pp. 1707 ss.; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; I. PAGNI, *voce Effettività della tutela giurisdizionale*, in *Enc. dir.*, Annali, X, Milano, 2017, p. 355.

Ne consegue il dovere per il legislatore di prevedere strumenti idonei a garantire l'accesso agli organi giurisdizionali. In particolare, in forza del combinato disposto degli artt. 3 e 24 Cost., devono essere eliminate tutte le situazioni idonee ad impedire - o a rendere più gravoso - l'esercizio del predetto diritto. Tra tali situazioni vi sono anche quelle di natura economica che devono essere arginate al fine di assicurare una giustizia economicamente accessibile.

In detta prospettiva, il principio di effettività della tutela giurisdizionale coinvolge sia il diritto di difesa, sia il diritto ad una giustizia economicamente accessibile.

5.1. La tutela del diritto di difesa: la Corte suggerisce ragionevolezza

Il diritto di difesa pare compromesso dall'art. 120 commi 2**bis** e 3 **bis** c.p.a. sotto un duplice profilo.

In primo luogo, prevedendo tempi ridotti per la presentazione del ricorso e il deposito di eventuali memorie, il rito «super-accelerato» scoraggia l'accesso alla giustizia³⁷ ed impedisce «un'attenta e completa valutazione della documentazione e delle problematiche generalmente complesse relative alla materia in oggetto».³⁸

In secondo luogo, l'art. 120 comma 2 **bis** c.p.a., disponendo l'immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione ed esclusione dalla procedura a evidenza pubblica, preclude la possibilità di far valere tali doglianze in un momento successivo all'aggiudicazione. Il legislatore, infatti, trasformando l'immediata contestazione in una «condizione di ammissibilità della futura impugnazione del provvedimento di aggiudicazione»³⁹, ha ridotto i casi in cui la parte può proporre impugnazione ovvero limitato il diritto di agire.⁴⁰

Di contro, come già ricordato, il rito «super-accelerato» assicura la «speditezza delle procedure».⁴¹ In particolare, permette di definire a priori la platea dei concorrenti e, quindi, di «blindare la fase delle ammissioni»⁴², evitando così che l'accoglimento di un motivo escludente, a gara ormai compiuta, vanifichi l'operato della P.A, costringendola a ricominciare l'intero procedimento⁴³, con un inutile spreco di risorse. Da un lato, quindi, il rito in esame assicura l'efficienza della P.A e, più in generale, il principio di buon andamento dell'attività amministrativa ma, dall'altro, comprime l'esercizio del diritto di difesa. In altre

³⁷ M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti al diritto*, op. cit. In tal senso anche E. FOLLIERI, op. cit., 2016, p. 905.

³⁸ M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti al diritto*, op. cit. e ID, *Il rito speciale*, op. cit., p. 14.

³⁹ TAR Puglia, Bari, sez. III, 20 luglio 2018, n. 1097, 3.2.

⁴⁰ In altre parole, si preclude l'accesso alla tutela giurisdizionale proprio nel momento in cui l'interesse a ricorrere diviene concreto ed attuale. Sul punto cfr. L. PRESUTTI, op. cit., p. 323 e R. CAPONIGRO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2016, p. 41.

⁴¹ R. CAPONIGRO, *Le prime criticità*, op. cit., p. 6. Sul punto cfr. anche G. LO SAPIO, op. cit., p. 509 secondo cui il c.d. rito super-accelerato ha offerto una risposta al complessivo rallentamento della risposta giudiziaria causata dalla «ipertrofia dei c.d. giudizi retrospettivi».

⁴² R. CAPONIGRO, *Le prime criticità*, op. cit., p. 6.

⁴³ Sul punto cfr. CGCE, Sez. IV, ord. 14 febbraio 2019, C-54/18. Sul punto, in dottrina, E. FOLLIERI, op. cit., p. 886 secondo cui «lo scopo è quello di evitare che le illegittimità della fase preparatoria possano poi ripercuotersi sull'esito conclusivo della gara (...) Se ne avvantaggerebbe il procedimento che potrebbe andare diritto alla conclusione, lasciandosi alle spalle le ammissioni ed esclusioni, ed il processo amministrativo che potrebbe concentrarsi solo sulla valutazione delle offerte».

parole, con l'introduzione dell'art. 120 comma 2 *bis* c.p.a., il legislatore ha introdotto uno strumento che tutela un valore costituzionale (quello di cui all'art. 97 Cost.), sacrificandone, quantomeno in parte, un altro (quello di cui all'art. 24 Cost.).

In un siffatto contesto, occorre domandarsi se, ed in che modo, il legislatore possa limitare un diritto costituzionalmente garantito. Un quesito la cui rilevanza, evidentemente, trascende la legittimità del mero rito «super-accelerato» ed estende la riflessione ad interrogativi più ampi, riguardanti il bilanciamento del diritto di difesa con i valori costituzionali inerenti al principio del buon andamento della p.a. Sorgono, in particolare, riflessioni sulla modalità di convivenza dell'art. 24 Cost. con la riduzione dei tempi per agire in giudizio (e per esercitare la propria difesa) e le preclusioni processuali.

In merito al primo aspetto, parte della dottrina ha evidenziato la legittimità del sacrificio richiesto agli operatori del diritto dai ridotti tempi imposti dalla legge⁴⁴, se necessario per salvaguardare altri valori fondamentali, come la certezza delle procedure di gara e, più in generale, l'efficienza amministrativa. In altre parole, è stata ritenuta costituzionalmente accettabile la compromissione del diritto di difesa, se indispensabile per assicurare il buon andamento della p.a.

Con riguardo, invece, alla compatibilità tra preclusioni processuali e diritto di difesa, si sono sviluppati due diversi orientamenti.

Secondo un primo orientamento, sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa - ed in particolare dal Tar Puglia⁴⁵, che ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità riguardante il rito «super-accelerato» - le conseguenze sfavorevoli derivanti da una previsione che introduce una preclusione processuale, come avviene nel caso della sanzione di cui all'art. 120 comma 2 *bis* c.p.a., sono eccessivamente gravose ed irragionevoli rispetto allo scopo di assicurare certezza all'operato della p.a. Ne consegue un'eccessiva - e pertanto incostituzionale - compromissione del diritto di cui all'art. 24 Cost., in presenza di strumenti volti ad assicurare certezza e stabilità, e quindi efficienza e buon andamento della p.a., attraverso un sistema di preclusioni processuali.

Una diversa risposta è stata, invece, offerta dalla Corte costituzionale nella sentenza n.271/2019, secondo cui il diritto di difesa non è, di per sé, incompatibile con un sistema di preclusioni processuali, necessarie ad assicurare altri valori fondamentali, come certezza, efficienza e buon andamento dell'azione amministrativa.

Del resto, il legislatore gode di ampia discrezionalità nella conformazione degli istituti. Una discrezionalità limitata esclusivamente dalla ragionevolezza delle scelte compiute.⁴⁶

⁴⁴ M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale*, op. cit., p. 15.

⁴⁵ TAR Puglia, Bari, sez. III, 20 luglio 2018, n. 1097, 3.3: «Le conseguenze sfavorevoli derivanti dall'inammissibilità non sono adeguatamente bilanciate dall'interesse ad evitare l'abuso del processo».

⁴⁶ Corte cost., 13 dicembre 2019 n. 271, 7.

Affinché una scelta sia considerata ragionevole è sufficiente che non comprima in modo ingiustificato un diritto costituzionalmente tutelato. Nel caso del diritto di difesa, quindi, non è necessario che al cittadino sia riconosciuta la possibilità di ottenere tutela sempre nello stesso modo. Le modalità possono anche mutare, purché non siano previsti oneri tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto.⁴⁷

Ne consegue l'ammissibilità costituzionale degli istituti volti ad introdurre un nuovo modello di contenzioso, disgiunto per le diverse fasi del procedimento a evidenza pubblica, purché non sia eliminata la possibilità di impugnazione e non siano introdotte prescrizioni tali da rendere la stessa difficile o impossibile.⁴⁸ Sulla base di tali osservazioni, la Corte costituzionale ha, ad esempio, affermato la legittimità dell'art. 120 comma 2 *bis* c.p.a., atteso che l'onere di immediata impugnazione e la correlata sanzione processuale non sono tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di agire, ma determinano solo modalità differenti di esercizio dello stesso.⁴⁹

Affinché, quindi, preclusioni e sanzioni di inammissibilità possano convivere con il diritto di difesa è necessario che non comprimano totalmente quest'ultimo. A tal fine, può essere utile introdurre previsioni normative volte a facilitare le parti ad adeguarsi ai ridotti tempi processuali ed evitare, così, di incorrere in tali sanzioni.

È questa la soluzione che pare emergere da una recente sentenza dal Consiglio di Stato, laddove si legge che *«l'onere di immediata impugnazione del provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni dei concorrenti non lede il diritto di difesa dell'operatore economico»* purché questi sia *«messo in grado di conoscere agevolmente tutti gli elementi necessari per verificare la correttezza dell'operato della stazione appaltante»*.⁵⁰

Tesi sostenuta anche dai giudici europei secondo cui una normativa nazionale, che dispone la proposizione di ricorsi entro termini ridotti e a pena di decadenza è compatibile con la disciplina europea in materia di diritto di difesa, purché assicurati un sistema idoneo a consentire ai singoli di conoscere, in modo preciso, chiaro e prevedibile, i loro diritti ed obblighi.⁵¹

In altre parole, ben vengano istituti volti ad introdurre preclusioni processuali, se necessarie per assicurare un principio importante come quello di efficienza amministrativa, ma la loro introduzione deve essere compatibile con le ragioni di tutela giurisdizionale, nella sua accezione più ampia. Una compatibilità che può essere assicurata accompagnando l'introduzione di siffatti sistemi con la previsione di strumenti volti

⁴⁷ Corte cost., 13 dicembre 2019 n. 271, 7.

⁴⁸ Corte cost., 13 dicembre 2019 n. 271, 8. Sul punto cfr. anche Cons. St., sez. V, 14 marzo 2017 n. 1059.

⁴⁹ Corte cost., 13 dicembre 2019 n. 271, 9: *«Alla stregua di tali considerazioni, tutte condivisibili, la scelta di introdurre il rito in esame non può ritenersi irragionevole, né l'onere di immediata impugnazione e la correlata preclusione processuale, secondo lo schema classico del giudizio impugnatorio, sono tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa»*.

⁵⁰ Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2020, n. 546.

⁵¹ CGUE, 14 febbraio 2019, C-54.

ad assicurare una «sufficiente conoscenza (o, quanto meno, ... agevole conoscibilità) degli elementi necessari a formulare una efficace difesa». ⁵²

In conclusione, la Corte costituzionale e la recente giurisprudenza europea ed amministrativa paiono esprimersi positivamente sull'introduzione di sistemi volti ad assicurare, con preclusioni processuali, certezza e stabilità alle procedure a evidenza pubblica. Essi, infatti, sono strumenti utili per tutelare l'efficienza e il buon andamento dell'attività amministrativa ovvero per tutelare valori costituzionali, la cui salvaguardia, al pari del diritto di difesa, è fondamentale ed imprescindibile. La tutela dei predetti valori, tuttavia, non deve giungere a compromettere l'effettività della tutela giurisdizionale o, per meglio dire, non deve arrivare sino al punto da precludere completamente l'accesso alla giustizia o renderlo eccessivamente gravoso. Ne consegue un dovere di bilanciamento tra principi costituzionali. Un bilanciamento che, secondo la nostra Corte costituzionale, deve essere operato attraverso soprattutto l'ausilio della ragionevolezza.

5.2. Onere di immediata impugnazione e diritto ad una giustizia economicamente accessibile

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale impone anche una giustizia economicamente accessibile. In altre parole, per garantire il diritto di difesa non è sufficiente poter accedere alla tutela giurisdizionale ma è anche necessario che tale accesso non sia reso gravoso dalla previsione di oneri economici eccessivi in capo al ricorrente.

L'art. 24 Cost. garantisce solennemente a tutti i soggetti dell'ordinamento la possibilità di ottenere tutela dei propri diritti ed interessi legittimi. In altre parole, esso assicura un eguale accesso alla giustizia.

Il suddetto principio deve essere letto alla luce dell'art. 3 Cost. che impone alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale idonei a limitare la libertà e l'eguaglianza dei cittadini. Ne consegue il dovere per il legislatore di eliminare tutte quelle situazioni sociali e giuridiche che impediscono un eguale accesso alla giustizia. Analogamente, vige l'obbligo di non introdurre norme che possono, seppur indirettamente, limitare l'esercizio di tale diritto.

Alla luce delle predette considerazioni, occorre chiedersi se l'introduzione di un onere di impugnazione immediata per provvedimenti amministrativi endoprocedimentali, con conseguente dovere di sostenere spese aggiuntive, influisca negativamente sulle possibilità di accesso alla giustizia.

Una risposta affermativa è stata fornita sia dalla giurisprudenza, sia dalla dottrina.

⁵² Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2020, n. 546.

Ad avviso del Tar Puglia, l'onere di immediata impugnazione impone al concorrente di sostenere due volte il contributo unificato: una volta per impugnare il provvedimento di ammissione/esclusione e una volta per contestare l'aggiudicazione.⁵³

Una siffatta previsione limita le possibilità di accesso alla giustizia. Alcuni concorrenti, infatti, non possono sostenere due volte le spese processuali, soprattutto se il contributo richiesto è di importo elevato, come nel caso delle impugnazioni in materia di appalti pubblici.⁵⁴ Ad essi sarà quindi preclusa la possibilità di esercitare il proprio diritto di difesa.

Analogamente, ad avviso della dottrina sono inaccettabili soluzioni interpretative che, in presenza di nuovi oneri di impugnazione immediata per provvedimenti amministrativi endoprocedimentali, consentano una duplicazione dei contributi.⁵⁵ Esse, infatti, rischiano di rendere «*la tutela giurisdizionale eccessivamente onerosa e, nei fatti, (...) inaccessibile per ragioni di sostenibilità economica*».⁵⁶

Del resto, tale criticità è stata evidenziata anche dal Consiglio di Stato nel parere espresso sullo schema di decreto riguardante, tra il resto, la modifica dell'art. 120 c.p.a. e l'introduzione del «rito super-accelerato». In tale occasione, l'organo amministrativo ha, infatti, suggerito una riduzione del contributo unificato, al fine di non rendere la tutela giudiziaria troppo costosa ed ingenerare, quindi, sospetti di incostituzionalità per contrasto con gli artt. 3, 24 e 113 Cost.⁵⁷

Alla luce delle suddette considerazioni, pare evidente che prevedere oneri di impugnazione immediata per provvedimenti amministrativi endoprocedimentali, imponendo al ricorrente l'obbligo di sostenere ulteriori spese, rischia di compromettere l'esercizio del diritto di difesa, rendendolo economicamente inaccessibile.

Ne consegue un contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale⁵⁸ in merito al quale sarebbe stata auspicabile - in occasione della richiamata pronuncia della Corte costituzionale 271/2019 - una generale riflessione da parte della nostra Corte costituzionale.

⁵³ TAR Puglia, Bari, sez. III, 20 giugno 2018 n. 903, 3.1.

⁵⁴ *Ibidem*, che richiama il D.P.R. n. 115/2002 secondo cui «*Il contributo unificato per i ricorsi proposti davanti ai Tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato è dovuto nei seguenti importi: ... d) per i ricorsi di cui all'articolo 119, comma 1, lettere a) e b), del codice di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, il contributo dovuto è di euro 2.000 quando il valore della controversia è pari o inferiore ad euro 200.000; per quelle di importo compreso tra euro 200.000 e 1.000.000 il contributo dovuto è di euro 4.000 mentre per quelle di valore superiore a 1.000.000 di euro è pari ad euro 6.000. Se manca la dichiarazione di cui al comma 3-bis dell'articolo 14, il contributo dovuto è di euro 6.000 (...)*».

⁵⁵ M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale*, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁶ E. BOSCOLO, *op. cit.*, p. 180. Sul punto cfr. anche E. FOLLIERI, *op. cit.*, p. 889.

⁵⁷ Cons. St., parere 1 aprile 2016, n.855, relativo allo Schema di decreto legislativo recante "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione", ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n. 11, p. 54 e 212.

⁵⁸ TAR Puglia, Bari, sez. III, 20 giugno 2018 n. 903, 3.1.

Una riflessione inutilmente attesa, considerato che i giudici si sono limitati ad osservare come il costo eccessivo derivante dal cumulo dei contributi unificati non può essere motivo di illegittimità dell'art. 120 comma 2 *bis* c.p.a.⁵⁹.

In primo luogo, infatti, tale profilo non assume rilevanza autonoma nell'argomentazione del giudice rimettente. Esso viene presentato come argomento ausiliario rispetto alla tesi principale.⁶⁰

In secondo luogo, l'articolo 120 comma 2 *bis* c.p.a. si limita a prevedere l'obbligo di immediata impugnazione. Nulla dispone in merito al contributo che è regolato da altre norme; norme non sottoposte a scrutinio di costituzionalità.⁶¹

I dubbi inerenti alla compatibilità tra oneri di immediata impugnazione e diritto ad una effettiva tutela giurisdizionale (inteso come accesso ad una giustizia economicamente accessibile) rimangono, quindi, privi di risposta certa. Prima o poi, tuttavia, questo profilo dovrà essere affrontato, anche alla luce della recente giurisprudenza europea secondo cui non è dovuta una duplicazione del contributo se i motivi proposti separatamente sono identici o non costituiscono un ampliamento considerevole della materia del contendere.⁶²

In conclusione, nella sentenza 271/2019, la Corte costituzionale offre un importante contributo sul bilanciamento tra i principi di effettività della tutela giurisdizionale ed efficienza amministrativa. Il suo apporto, tuttavia, pare limitarsi alle modalità con cui è possibile coniugare sistemi di preclusione processuale con il diritto di difesa, senza soffermarsi sull'esigenza di evitare che quest'ultimo venga sacrificato dalla duplicazione degli oneri economici derivante dalla previsione di obblighi di immediata impugnazione. Obblighi che, uniti ad un'inammissibilità processuale, rischiano di scontrarsi anche con il principio del giusto processo e, più in generale, con le esigenze di economia processuale.

⁵⁹ Corte cost., 13 dicembre 2019 n. 271, 13.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² CGUE, 6 ottobre 2015, n. C-61.

6. Onere di immediata impugnazione, giusto processo ed esigenze di economia processuale. In cerca di equilibrio

Il giusto processo è disciplinato sia a livello nazionale sia a livello internazionale. Si ricordino gli articoli 111 Cost., 6 comma 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo⁶³, 14 comma 1 del Patto internazionale sui diritti civili e politici⁶⁴ e 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.⁶⁵ Seppur in termini diversi, tutti i suddetti articoli affermano lo stesso principio: la funzione giurisdizionale deve essere esercitata nel rispetto di garanzie fondamentali, tra cui il diritto di accesso alla giustizia, la configurazione per legge del giudice, l'imparzialità dello stesso, la pubblicità del processo e la ragionevole durata.

Il principio di ragionevole durata, da un lato, limita il legislatore nello scandire i tempi processuali, mentre, dall'altro, impone alla Corte costituzionale di sindacare la legittimità delle «*disposizioni che prevedano tempi lunghi, inutili passaggi di atti da un organo all'altro, formalità superflue, non giustificate né da esigenze repressive né da garanzie difensive*».⁶⁶

L'art. 111 Cost. deve essere attuato attraverso norme volte ad accelerare il corso del processo e non a sanzionare l'irragionevole prolungamento. In altre parole, come affermato da autorevole dottrina, dovrebbe escludersi la possibilità di attuare il principio in parola attraverso precetti destinati a sanzionare, con l'improcedibilità, il superamento dei termini fissati per le diverse fasi del procedimento.⁶⁷

Del resto, la pena dell'improcedibilità induce a "correre ai ripari"; stimola l'impugnazione di tutti i provvedimenti ritenuti (anche solo ipoteticamente) illegittimi. È quello che si verifica nelle procedure ad evidenza pubblica, ove, non conoscendo il vincitore, i concorrenti sono spinti a contestare l'ammissione alla gara di tutti gli avversari, proprio per ridurne il numero.⁶⁸

⁶³ Per un'analisi di tale disposto normativo cfr., tra i molti, B. COSENTINO, *L'equo processo e i giudici europei*, in *Civitas Europa*, 2012, p. 79 ss.; R. CHENAL, F. GAMBINI, A. TAMIETTI, *Art. 6: diritto a un equo processo*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, 2012, p. 172 ss.; M. CHIAVARIO, *sub art. 6*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2001, p. 207 ss.; J.C. SOYER, M. DE SALVIA, *Article 6*, in L. E. PETTTI, E. DECAUX E P.H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, Paris, 1995, p. 239 ss. e J.E.S. FAWCETT, *The application of the european convention of human rights*, Oxford, 1987, p. 126 ss.

⁶⁴ Sul tema, in dottrina, cfr., tra i molti, a L. PINESCHI, *Il patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici*, in AA. VV., *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, (a cura di) L. PINESCHI, Giuffrè, 2015.

⁶⁵ In dottrina, cfr. R. MASTROIANNI, O. POLLINICO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2017.

⁶⁶ P. FERRUA, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, in *Questione Giustizia*, 2017, p. 109.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Sul punto, E. BOSCOLO, *op. cit.*, p. 179 evidenzia come «*la preclusione che si determina in ipotesi di mancata impugnazione spinge ... i concorrenti in direzione di sistematiche impugnazioni delle altrui ammissioni con radicamento di giudizi la più parte dei quali destinati ad esaurirsi senza una decisione in seguito alla mancata aggiudicazione a vantaggio dell'impresa la cui ammissione sia stata contestata*».

In un siffatto contesto, è inevitabile il proliferare di azioni giurisdizionali, in spregio al principio di economia processuale.

In tal senso si è espressa sia la dottrina, sia la giurisprudenza di merito.

Ad avviso della prima, l'immediata impugnazione degli atti di ammissione alla gara «*si presta a divenire fattore moltiplicante di giudizi, in stridente contraddizione con l'intento di deflazione e razionalizzazione del contenzioso*».⁶⁹

«L'effetto "sicuro"» di una siffatta previsione normativa è «*l'incremento delle controversie che si pone in contraddizione con l'intento di ridurle*».⁷⁰

Analogamente, il Tar Puglia - nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale - sottolinea il rischio che il nuovo contenzioso in materia di ammissioni alle gare pubbliche si trasformi in «*una "guerra" di tutti (...) contro tutti*».⁷¹

Sul punto, la risposta della Corte è concisa. Essa si limita ad affermare l'inammissibilità della questione per contraddittorietà e perplessità⁷², senza approfondire il delicato rapporto esistente tra obblighi di immediata impugnazione, preclusioni processuali e proliferazione dei ricorsi. I giudici costituzionali dimostrano, quindi, di non aver inteso in che modo i predetti obblighi e sanzioni possano avere sia «*un effetto dissuasivo delle controversie*» sia, «*al contrario, un effetto moltiplicativo delle stesse*».⁷³

Tale aspetto avrebbe meritato un vaglio più accurato. Sarebbe stato utile considerare la possibilità che una stessa disposizione normativa possa produrre effetti tra loro contrastanti. Non è, infatti, inverosimile che la nuova previsione, da un lato, diminuisca le impugnazioni avverso i provvedimenti di aggiudicazione⁷⁴ e, dall'altro, incrementi le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti di ammissione. In altre parole, sarebbero state apprezzate delle indicazioni del Giudice delle Leggi su come bilanciare il principio del giusto processo con le esigenze di efficienza amministrativa, garantita attraverso sistemi di immediata impugnazione e preclusioni processuali.

⁶⁹ E. BOSCOLO, *op. cit.*, p. 179. In tal senso cfr. anche; G. SEVERINI, *op. cit.*, p. 124 e A. CAIFFA, *I ricorsi giurisdizionali, in I nuovi appalti pubblici*, (a cura di) M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI, Giuffrè, 2017, p. 738.

⁷⁰ E. FOLLIERI, *op. cit.*, p. 889. In particolare, l'inutile moltiplicazione dei processi è certa nei casi in cui la gara si conclude a breve distanza di tempo dalla definizione della platea dei concorrenti (M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale, op. cit.*, p. 18). Sul tema cfr. anche L. PRESUTTI, *op. cit.*, p. 319.

⁷¹ TAR Puglia, Bari, sez. III, 20 giugno 2018 n. 903, 3.3.

⁷² Corte cost., 13 dicembre 2019, n. 271, 17.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Ad avviso della dottrina, la diminuzione delle questioni da trattare nel ricorso avverso l'aggiudicazione «è tutta da verificare». (E. FOLLIERI, *op. cit.*, p. 890).

7. L'interesse ad agire tra l'efficienza della P.A e un sistema soggettivo di giustizia amministrativa

Un altro tema rilevante, affrontato dalla Corte costituzionale nella sentenza 271/2019, è quello riguardante l'interesse ad agire sotteso ai provvedimenti emessi in sede di procedura ad evidenza pubblica. Come già ricordato, nell'ambito delle suddette procedure, il legislatore ha previsto, con il rito «super-accelerato», l'obbligo di immediata impugnazione anche dei provvedimenti di ammissione alla gara.⁷⁵

Da un lato, tale previsione permette una *«celere definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione»*; consente di *«individuare in modo certo e non più discutibile la platea dei soggetti ammessi in gara in un momento antecedente rispetto all'esame delle offerte ed alla conseguente aggiudicazione»*.⁷⁶ Elimina, quindi, i costi che i soggetti pubblici e privati dovrebbero affrontare in caso di accoglimento, a gara ormai completata, di un motivo escludente, favorendo l'efficienza e, più in generale, il buon andamento dell'attività amministrativa.

Dall'altro, tuttavia, un siffatto obbligo si pone in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale⁷⁷ e, in particolare, con l'interesse ad agire.

L'interesse ad agire consiste nell'esigenza di tutela che consegue alla lesione del diritto sostanziale. Esso si presenta come condizione dell'azione e deve essere personale, attuale e concreto.⁷⁸

In particolare, è necessario che dall'annullamento del provvedimento impugnato il ricorrente possa ottenere un vantaggio⁷⁹ e che il pregiudizio sia effettivo ovvero *«configuri come un vulnus immediato tale da precludere subito il conseguimento del bene della vita a cui il ricorrente aspira»*. Un *vulnus* che deve essere presente al momento del ricorso. Non è sufficiente la mera eventualità di una lesione.⁸⁰

Non sussiste, quindi, interesse ad agire se il pregiudizio non è certo. Si pensi ai casi in cui l'atto non produce alcuna lesione, essendo, a tal fine, necessario un ulteriore provvedimento, non ancora adottato. In dette ipotesi, il ricorrente non trarrebbe alcuna utilità da una pronuncia di annullamento.

⁷⁵ Si ricordi che l'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di esclusione dalla gara non costituisce alcuna novità. Tali provvedimenti, infatti, sono immediatamente e direttamente lesivi della sfera giuridica del candidato e, pertanto, anche prima della riforma, dovevano essere impugnati nel termine decadenziale decorrente dalla loro piena conoscenza (R. CAPONIGRO, *Le prime criticità*, op. cit., p. 5). Sul punto cfr. anche E. FOLLIERI, op. cit., p. 889.

⁷⁶ TAR Puglia, Bari, sez. III, 20 giugno 2018, n. 903, 3.1.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Sulle condizioni dell'azione si rinvia a C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, Giappichelli, 2019, pp. 35.

⁷⁹ La giurisprudenza ha, ad esempio, ritenuto sussistere un interesse ad agire concreto ed attuale nelle ipotesi in cui il ricorrente non sia stato posto in grado di partecipare ad una procedura ad evidenza pubblica (cfr., ad esempio, Cons. St., sez. V, 22 marzo 1995, n. 454, secondo cui *«l'imprenditore che subisce una lesione di un suo interesse di pretesa (di natura patrimoniale), quando l'amministrazione, avendo stipulato con altri un contratto a trattativa privata, non gli consenta di partecipare alla gara d'appalto, ha interesse ad impugnare la deliberazione con la quale l'amministrazione si determina a concludere il contratto. L'ordinamento, infatti, nel prevedere che di regola deve esservi una gara pubblica, attribuisce all'imprenditore una posizione giuridicamente protetta»*).

⁸⁰ TAR Puglia, Bari, sez. III, 20 giugno 2018, n. 903, 3.1

Ad avviso di alcuni autori, la suddetta situazione si verifica con riguardo al provvedimento di ammissione alla procedura a evidenza pubblica.⁸¹ Imponendo l'impugnazione del provvedimento di ammissione alla gara prima dell'aggiudicazione, infatti, si obbliga il ricorrente ad adire l'autorità giudiziaria in un momento in cui non ha alcun interesse a farlo.⁸² In primo luogo, infatti, egli non ha ancora perso la gara e, pertanto, non ha ancora subito un pregiudizio al "bene della vita". In secondo luogo, non sa chi vincerà e, pertanto, non può nemmeno sapere se sarà o meno danneggiato dalla partecipazione di un altro concorrente.⁸³ In altre parole, il legislatore ha attribuito natura lesiva ad un atto tipicamente endoprocedimentale, la cui impugnazione è priva di utilità per il singolo partecipante.⁸⁴

In un siffatto contesto normativo, ad essere tutelato non è l'interesse personale ad aggiudicarsi l'appalto ma, al più, un generale interesse alla speditezza delle procedure,⁸⁵ se individuiamo, come bene della vita garantito, il «rispetto delle regole poste per lo svolgimento delle gare a cui tutti possono avere interesse, anche se non hanno partecipato ... o non sono nemmeno operatori economici».⁸⁶ È questo il significato attribuito al termine «interesse legittimo» da parte del legislatore europeo nel considerando 122 della Direttiva 2014/24/UE⁸⁷, ed è questa la tesi sostenuta dal Tar Puglia, nell'ordinanza che ha rimesso la questione alla Corte Costituzionale.

⁸¹ E. FOLLIERI, *op. cit.*, p. 890 secondo cui «L'interesse deve essere concreto ed attuale e la necessità dell'impugnazione contro le ammissioni degli altri partecipanti alla gara istituisce una "presunzione di interesse a ricorrere" (...) interesse che viene meno, rendendo improcedibile il ricorso, in caso di aggiudicazione della gara allo stesso ricorrente o a concorrente diverso da quello nei cui confronti si è contestata l'ammissione» e M. SILVESTRI, *Le condizioni dell'azione nel rito in materia di contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 931.

⁸² L. BERTONAZZI, *op. cit.*, pp. 717 ss.

⁸³ Sul punto cfr., in dottrina, E. BOSCOLO, *op. cit.*, p. 179 secondo cui «ove il bene della vita si identifichi nelle utilità che potranno derivare dall'aggiudicazione, si fatica ... ad identificare un interesse al ricorso connotato dagli ordinari attributi della concretezza e attualità in relazione all'ammissione di un altro concorrente» Infatti, «sino al momento dell'aggiudicazione a vantaggio del concorrente di cui si contesta l'ammissione, non si ravviserebbe una lesione attuale della situazione giuridica soggettiva idonea a sorreggere la proposizione di un ricorso». In dottrina cfr. anche R. CAPONIGRO, *Le prime criticità*, *op. cit.*, p. 5.

⁸⁴ TAR Puglia, Bari, sez. III, 20 giugno 2018 n. 903, 3.1. Sul punto, il Tribunale precisa che i dubbi di legittimità non derivano dalla possibilità di impugnare un atto endoprocedimentale, purché sia dotato di portata immediatamente lesiva. Del resto, è consolidata nella giurisprudenza amministrativa la possibilità di impugnare una determinazione immediatamente lesiva, malgrado il suo carattere endoprocedimentale (Cons. St., sez. III, 22 agosto 2012, n. 4593; Cons. St., sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 740; Cons. St., sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6264; Cons. St., 14 maggio 2013, n. 2614; Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 6531). Pertanto, afferma il Tribunale, «si può ritenere che l'art. 120, comma 2 bis, primo periodo cod. proc. amm. non abbia portata innovativa rispetto al precedente quadro normativo».

⁸⁵ R. CAPONIGRO, *Le prime criticità*, *op. cit.*, p. 8. Sul tema, in senso critico, cfr. L. PRESUTTI, *op. cit.*, p. 324 secondo cui non è tutelato nemmeno l'interesse pubblico. Il nuovo rito è incostituzionale non perché tutela un interesse oggettivo (e non soggettivo) ma perché introduce un'azione priva di alcuna utilità: non c'è alcun interesse né da parte del concorrente, né da parte della collettività. In questa fase, infatti, non si sa chi vincerà la gara: potrebbe trattarsi di un soggetto con tutti i requisiti necessari.

⁸⁶ E. FOLLIERI, *op. cit.*, pp. 874 s.

⁸⁷ «interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto. (...) L'idea dell'interesse legittimo è, dunque, diversa da quella affermata nel nostro sistema. (...) Ne consegue che, «se il D. Lgs. n. 50/2016 fosse stato solo un'attuazione delle direttive, non avrebbe dovuto contenere nessuna disposizione sui ricorsi giurisdizionali ma prevedere un ricorso innanzi ad autorità amministrative, (anche) non costituite ad hoc, esperibile da chiunque si preoccupasse della legittimità delle procedure seguite dall'amministrazione» (E. FOLLIERI, *op. cit.*, pagg. 874 s.)

Ad avviso del Tribunale, infatti, con l'art. 120, comma 2 *bis* c.p.a., il legislatore ha introdotto un'ipotesi di «giurisdizione amministrativa oggettiva», in quanto funzionale ad una «oggettiva verifica, di carattere generale, del rispetto della legalità dell'azione amministrativa» e non alla tutela del diritto soggettivo del ricorrente.⁸⁸

Un'ipotesi di giurisdizione oggettiva, tuttavia, è incompatibile con il nostro ordinamento che richiede, quale condizione dell'azione, l'esistenza di un interesse ad agire personale, concreto ed attuale. Un principio sancito dall'art. 100 c.p.c., applicabile anche al processo amministrativo in forza del rinvio di cui all'art. 39 c.p.a. e desumibile dagli artt. 24, 103 e 113 Cost. Quest'ultimi, infatti, delineano un sistema soggettivo di giustizia amministrativa: un sistema che non può prescindere dai caratteri di attualità, concretezza e personalità dell'interesse ad agire.⁸⁹

Non solo, una siffatta ipotesi pare inconciliabile anche con gli articoli 6 e 13 CEDU. Il principio sottostante ai predetti disposti normativi, infatti, «implica la libertà del soggetto (...) di autodeterminarsi in ordine alla concretezza ed attualità dell'interesse ad agire». In altre parole, al ricorrente deve essere riconosciuta «la libertà di stabilire autonomamente senza coartazione alcuna (anche da parte del "legislatore") se l'azione giurisdizionale risponde ad un proprio effettivo interesse (...)» o meno. In tale ultimo caso, egli deve poter decidere di astenersi dall'agire in giudizio, senza per questo rinunciare alla possibilità di una futura tutela processuale.⁹⁰

Alla luce di tali osservazioni, l'obbligo di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione alla gara, se da un lato, favorisce l'efficienza della p.a., dall'altro viola i principi costituzionali inerenti al sistema di giustizia amministrativa, oltre che l'art. 117 Cost., in riferimento agli artt. 6 e 13 CEDU. Sul punto si è così espressa la Corte costituzionale.

⁸⁸ «È, infatti, evidente che al momento della ammissione delle ditte in gara la posizione delle concorrenti è neutra o meglio indifferenziata in quanto solo potenzialmente lesiva. Il bene della vita cui aspira la concorrente in gara è l'aggiudicazione dell'appalto sicché il suo interesse a contestare l'ammissione (pur illegittima) delle altre concorrenti si concretizza solo alla fine della procedura allorché la posizione in graduatoria determina quel grado di differenziazione idoneo a radicare l'interesse al ricorso» (TAR Puglia, Bari, sez. III, 20 giugno 2018, n. 903, 3.1)

⁸⁹ TAR Puglia, Bari, sez. III, 20 giugno 2018 n. 903, 3.1: «Ne discende che i caratteri della personalità, attualità e concretezza dell'interesse ad agire caratterizzano il nostro sistema "soggettivo" di giustizia amministrativa, come delineato in Costituzione, mentre la previsione di cui all'art. 120, comma 2 bis, primo e secondo periodo cod. proc. amm. costituisce una illegittima deviazione rispetto al quadro costituzionale predetto».

⁹⁰ TAR Puglia, Bari, sez. III, 20 giugno 2018, n. 903, 3.4: «Il principio sottostante al combinato disposto degli artt. 6 e 13 della CEDU, di effettività del ricorso a fronte della violazione di un diritto, inevitabilmente implica la libertà del soggetto (...) di autodeterminarsi in ordine alla concretezza ed attualità dell'interesse ad agire (contro le altrui ammissioni alla gara de qua), e quindi la libertà di stabilire autonomamente senza coartazione alcuna (anche da parte del "legislatore") se l'azione giurisdizionale risponde ad un proprio effettivo interesse (cosa che nella fattispecie in esame evidentemente non è, stante il carattere non immediatamente lesivo dell'atto endoprocedimentale di ammissione), ovvero di decidere di astenersi dall'agire in giudizio, se detto interesse non dovesse essere ritenuto sussistente, come accade appunto nell'ipotesi del provvedimento di ammissione, rispetto al quale non è dato sapere (nel momento in cui detto provvedimento viene adottato) se il soggetto ammesso potrà mai essere aggiudicatario, ovvero se si collocherà in una posizione della graduatoria finale, tale da non poter mai ambire all'aggiudicazione quand'anche fosse dimostrata l'illegittima presenza in graduatoria di soggetti in posizione migliore rispetto alla propria».

7.1. L'organo di garanzia costituzionale alla ricerca di un nuovo interesse ad agire

La Corte costituzionale esclude, in primo luogo, una violazione dell'art. 117 Cost., in relazione agli artt. 6 e 13 CEDU. Essa ricorda, infatti, che «*la Corte EDU lascia agli Stati membri un certo margine di apprezzamento nella configurazione del diritto di accesso al Tribunale e, in particolare, nella previsione di eventuali limiti*». Non impone, quindi, la capacità di autodeterminarsi del ricorrente in relazione all'attualità e concretezza dell'interesse.⁹¹ Analogamente, la Corte mette a tacere i dubbi sulla legittimità dell'articolo 120 comma 2 *bis* c.p.a. in relazione agli articoli 24, 103 e 113 Cost. e lo fa individuando, nei provvedimenti emessi durante una procedura ad evidenza pubblica, un nuovo interesse ad agire.

Ad avviso del Collegio, infatti, «*non vi è dubbio che, alla luce degli invocati parametri costituzionali, la giurisdizione amministrativa nelle controversie tra amministrati e pubblico potere, sia primariamente rivolta alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive ... Nel caso di specie, tuttavia, deve escludersi che il legislatore abbia configurato una giurisdizione di tipo oggettivo*».⁹²

In particolare, la Corte ritiene che il legislatore abbia inteso attribuire rilevanza ad un interesse diverso rispetto al conseguimento dell'aggiudicazione. Si tratta dell'interesse alla corretta formazione della platea dei partecipanti.⁹³

L'ammissione o meno di un concorrente incide sulla quantità dei soggetti in gara: ad un minor numero di partecipanti corrisponde una maggiore possibilità di vincita. In detta prospettiva, l'interesse tutelato è la possibilità di aumentare le proprie *chances* di aggiudicazione. Un interesse proprio e personale.

È pur vero, ad avviso della Corte, che un siffatto interesse è strumentale e non finale. Esso anticipa la tutela ma non per questo deve considerarsi incostituzionale. Purché sussista un collegamento con il bene finale, infatti, la tutela di beni strumentali non incide sul carattere soggettivo della giustizia amministrativa.⁹⁴

La soluzione offerta dalla Corte non stupisce. Essa si pone in linea con le osservazioni di alcuni autori, del Consiglio di Stato e, soprattutto, del giudice europeo.

⁹¹ Corte cost., 13 dicembre 2019 n. 271, 19.

⁹² *Ivi*, 11.

⁹³ Sul punto, in senso critico, R. CAPONIGRO, *Le prime criticità*, *op. cit.*, p. 7 secondo cui «*l'interesse a competere con un numero inferiore di operatori economici al fine di accrescere le proprie chances di conseguimento dell'utilità finale è stato tradizionalmente considerato un interesse di mero fatto e non un interesse legittimo ed è per tale motivo che è stato costantemente escluso l'obbligo di notificare ai concorrenti ammessi alla gara o al concorso il gravame proposto dall'aspirante escluso avverso la propria esclusione, mentre, se l'interesse a concorrere con una minore platea di concorrenti fosse da qualificare come interesse legittimo, come potrebbe ipotizzarsi a seguito della modifica legislativa, gli ammessi dovrebbero essere qualificati controinteressati in senso tecnico*».

⁹⁴ Del resto, ricorda la Corte, non mancano nel nostro ordinamento ipotesi in cui si accorda una tutela ad interessi non finali. Si pensi, ad esempio, al «*caso, per restare nell'ambito delle procedure di affidamento, dell'interesse strumentale alla edizione della gara che sia illegittimamente mancata, laddove il ricorrente non agisce, nell'immediato, per l'aggiudicazione ma per il suo interesse a partecipare alla procedura; ovvero, dell'interesse strumentale alla sua caducazione, pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa, sempre che sussistano in concreto ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta*» (Cortecost., 13 dicembre 2019 n. 271, 11.1).

Ad avviso della dottrina, il legislatore «*ha selezionato e individuato un specifico interesse qualificato*» nella «*corretta composizione della platea dei concorrenti, sia a favore dei partecipanti all'gara, sia a favore della stazione appaltante*».⁹⁵ Si tratta dell'interesse ad una competizione tra soggettivamente qualificati⁹⁶ ovvero dell'interesse ad una competizione con meno avversari.⁹⁷ In entrambi i casi, si è dinanzi ad un interesse specifico, individuale⁹⁸ e (in quanto previsto da una norma processuale che espressamente lo tutela) qualificato.⁹⁹

Analogamente, secondo l'Adunanza Plenaria l'estensione della platea dei concorrenti incide sulla *chance* di aggiudicazione.¹⁰⁰ Essa, quindi, è idonea ad arrecare un pregiudizio al singolo partecipante o, quantomeno, un rischio di danno che, ad avviso della Corte di Giustizia, sarebbe sufficiente per l'immediata impugnazione.¹⁰¹

In detta prospettiva, è evidente il tentativo dei giudici costituzionali di coniugare le affermazioni di dottrina e giurisprudenza con i citati articoli della nostra Carta fondamentale.

In particolare, la Corte ritiene legittima la scelta di accordare una tutela anticipata a colui che concorre nelle procedure ad evidenza pubblica. Non arriva, tuttavia, ad affermare la sufficienza di un mero rischio di lesione (come avviene, invece, nell'ordinanza della Corte di Giustizia) ma fonda la sua decisione sul presupposto che un danno all'interesse del concorrente si verifichi già nella fase dedicata alla formazione della platea.

La suddetta motivazione si dimostra, da un lato, ossequiosa del parere espresso dal giudice europeo e, dall'altro, rispettosa della qualifica soggettiva attribuita dalla Costituzione al nostro sistema di giustizia amministrativa.

Essa, tuttavia, non è in grado di arginare tutti i dubbi suscitati dalla natura dell'interesse.¹⁰² Con riguardo a tale ultimo aspetto si pongono, in particolare, due quesiti.

In primo luogo, la natura strumentale dell'interesse «*lascia pensare che la condizione dell'azione permanga solo se il ricorrente contesti l'ammissione di tutti gli altri potenziali concorrenti*». Non si comprende, quindi, se sia possibile

⁹⁵ L. TORCHIA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pagg. 611.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ M. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 942.

⁹⁸ «*Non si può negare che, in questo contesto, dell'accoglimento dei ricorsi escludenti, da chiunque proposti, beneficino in ugual misura tutti gli operatori le cui domande risultino infine definitivamente ammesse. Il che potrebbe far dubitare, forse, della natura personale dell'interesse sotteso a tali ricorsi. (...), però, si deve osservare che i «nuovi» ricorsi escludenti non cessano di produrre un vantaggio nella sfera giuridica propria del ricorrente, benché ridondino in un diretto vantaggio anche per gli altri partecipanti alla procedura*» (M. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 942.).

⁹⁹ Del resto, «*in un ordinamento di diritto positivo, resta fermo il potere politico-discrezionale riservato al legislatore di selezionare tra tutti quelli emergenti gli interessi meritevoli di tutela*» (G. LO SAPIO, *op. cit.*, pp. 511 ss.).

¹⁰⁰ Cons. St, ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4.

¹⁰¹ CGUE, sez. IV, ord. 14 febbraio 2019, C-54/18, 36.

¹⁰² Come evidenziato da autorevole dottrina, infatti, «*il ricorrente che agisca per l'annullamento dei provvedimenti di ammissione in gara degli altri avrà diritto al risarcimento del danno ... per la sola circostanza che la Stazione appaltante ha abbassato le sue possibilità di ottenere l'appalto*» (L. PRESUTTI, *op. cit.*, p. 315).

impugnare soltanto alcuni provvedimenti di ammissione oppure sia obbligatorio impugnarli tutti. La prima opzione pare preferibile, atteso che anche l'accoglimento del ricorso proposto avverso un solo provvedimento può aumentare le *chances* di vincere la gara.¹⁰³

In secondo luogo, non è chiaro se il ricorrente conservi l'interesse a ricorrere anche qualora, nelle more del giudizio, intervenga il provvedimento di aggiudicazione. Se il ricorrente ha vinto la gara, infatti, non avrà più alcun interesse a ricorrere. Se, invece, non è risultato vincitore, il bene della vita bisognoso di tutela sarà l'aggiudicazione (interesse finale) e non più la "mera possibilità di aggiudicazione" (interesse strumentale).¹⁰⁴

In conclusione, a prescindere dalle predette criticità, che, ora, invocano l'attenzione della giurisprudenza di merito per una soluzione rispettosa del diritto di difesa,¹⁰⁵ la Corte Costituzionale ha mostrato, ancora una volta, indiscutibili doti di bilanciamento. Ha, infatti, individuato, nella corretta formazione della platea, un interesse ad agire idoneo a soddisfare ogni esigenza, sia quelle di efficienza della p.a. (che richiedono oneri di immediata impugnazione per garantire certezza alle procedure di gara), sia quelle imposte da un sistema soggettivo di giustizia amministrativa. Non solo, la definizione di questo "nuovo interesse ad agire" sotteso alle procedure a evidenza pubblica ha anche scongiurato una presunta violazione del principio di uguaglianza: una questione affrontata nella sentenza 271/2019 e che, per ragioni di completezza, pare quindi opportuno ricordare, anche se brevemente.

7.2. La presunta e scongiurata violazione del principio di uguaglianza (cenni)

L'art. 120 comma 2 *bis* c.p.a. prevede l'immediata impugnazione dei soli atti di ammissione ed esclusione dalla gara. Resta, pertanto, inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività.¹⁰⁶

Tale disposto normativo ha suscitato numerosi commenti critici.¹⁰⁷

Il Consiglio di Stato ha evidenziato la superfluità della norma e suggerito la sua abolizione.¹⁰⁸

¹⁰³ L. PRESUTTI, *op. cit.*, p. 315.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Sul tema cfr. L. PRESUTTI, *op. cit.*, p. 312 secondo cui «la *declaratoria di improcedibilità* comporterebbe l'*indebita compressione del diritto di difesa*».

¹⁰⁶ Art. 120 comma 2 *bis* c.p.a., terzo periodo: «È altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività». In generale, sulla tipicità dei provvedimenti impugnabili nel nuovo rito appalti, cfr. L. PRESUTTI, *op. cit.*, p. 316.

¹⁰⁷ Cfr. M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁰⁸ «La *previsione di inammissibilità dell'impugnazione contro gli atti endoprocedimentali privi di carattere lesivo, ivi compresa l'aggiudicazione provvisoria*» infatti, costituisce una «regola generale e consolidata del processo amministrativo» (Con. St., parere 1 aprile 2016, n. 855, relativo allo Schema di decreto legislativo recante "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione", ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n. 11, p. 214). In senso opposto, cfr. E. FOLLIERI, *op. cit.*, p. 904.

Ad avviso del Tar Puglia, una siffatta previsione introduce un'ingiustificata distinzione tra i diversi atti endoprocedimentali e si pone, pertanto, in contrasto con il principio di uguaglianza.¹⁰⁹

Nello specifico, il Tribunale osserva come il legislatore abbia, da un lato, confermato la regola generale di inammissibilità dell'impugnazione degli atti endoprocedimentali e, dall'altro, introdotto una deroga a tale principio per il solo provvedimento di ammissione, «*pur essendo*» anch'esso un atto endoprocedimentale «*privo di immediata lesività*».¹¹⁰

Tale osservazione si fonda sull'assunto secondo cui il provvedimento di ammissione influisce su un interesse generale, senza recare immediato pregiudizio al singolo partecipante.¹¹¹

Una siffatta affermazione non è condivisa dai giudici costituzionali.

Come già ricordato, la Corte ritiene il provvedimento di ammissione immediatamente lesivo di un interesse proprio e personale. L'ammissione o meno di un concorrente, infatti, incide sul numero dei soggetti in gara e, quindi, sulle *chances* di aggiudicazione.¹¹² Ne consegue l'infondatezza della questione sollevata in riferimento all'art. 3 Cost.¹¹³

In conclusione, riconoscendo natura personale all'interesse alla corretta formazione della platea dei concorrenti, la Corte costituzionale ha bilanciato tra loro numerosi principi costituzionali, scongiurato l'incostituzionalità di un sistema introdotto per favorire l'efficienza amministrativa.

8. Considerazioni conclusive

La procedura ad evidenza pubblica, al pari di ogni altra attività amministrativa, è soggetta ai principi fondamentali che regolano l'operato della p.a. Tra questi assume particolare rilevanza il principio del buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

Un valore che impone agli enti pubblici di operare sempre in modo adeguato e conveniente, ricercando il giusto equilibrio tra risorse impiegate e risultati ottenuti ed evitando, in tal modo, inutili sprechi (principio di efficienza amministrativa).

Tra i diversi strumenti che sono stati adottati per assicurare il rispetto del suddetto principio si collocano anche le riforme che hanno interessato il settore dei contratti pubblici. Si pensi alla modifica dell'art. 120

¹⁰⁹ TAR Puglia, Bari, sez. III, 20 giugno 2018 n. 903, 3.2.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² Cortecost., 13 dicembre 2019, n. 271, 11: «*Nel caso di specie, tuttavia, deve escludersi che il legislatore abbia configurato una giurisdizione di tipo oggettivo volta a tutelare in via esclusiva o prioritaria l'interesse generale alla correttezza e trasparenza delle procedure di affidamento, avendo piuttosto inteso dare autonoma rilevanza all'interesse strumentale o procedimentale del concorrente alla corretta formazione della platea dei soggetti partecipanti alla gara (...), interesse che è proprio e personale del concorrente, poiché la maggiore o minore estensione di quella platea incide oggettivamente sulla chance di aggiudicazione (...)*».

¹¹³ Corte cost., 13 dicembre 2019, n. 271, 15.

c.p.a. che, introducendo il rito «super-accelerato», ha cercato di «*blindare la fase delle ammissioni*»¹¹⁴, evitando che l'accoglimento di un motivo escludente, a gara ormai compiuta, vanifichi l'operato della P.A., costringendola a ricominciare l'intero procedimento, con un inutile spreco di risorse. In altre parole, ha cercato di ottimizzare il rapporto tra mezzi utilizzati e risultati ottenuti, in ossequio al principio di efficienza amministrativa.

Assicurare certezza e stabilità alle procedure di gara, tuttavia, se da un lato, garantisce il buon andamento della p.a. (seppur in presenza di alcuni presupposti, quali un agevole sistema di verifica dei requisiti dei partecipanti e una chiara scansione temporale tra le diverse fasi della procedura ad evidenza pubblica), dall'altro rischia di sacrificare altri valori costituzionali, quali il diritto di difesa, il giusto processo e il principio di uguaglianza, oltre a quelli sottesi al sistema soggettivo di giustizia amministrativa.

In un siffatto contesto, è essenziale operare un equo bilanciamento tra i diversi valori coinvolti, ricordando, in particolare, che l'efficienza amministrativa trova fondamento nell'art. 97 Cost. e che si presenta, pertanto, come un principio fondamentale, al pari di quelli poc'anzi richiamati, con cui deve essere bilanciato secondo ragionevolezza. È questo il prezioso insegnamento che possiamo trarre dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 271/2019: una pronuncia la cui rilevanza trascende la legittimità del rito «super-accelerato», per offrire all'operatore del diritto numerosi insegnamenti sul bilanciamento tra principi costituzionali.

¹¹⁴ R. CAPONIGRO, *Le prime criticità*, op. cit., p. 6.