

## **PRIME OSSERVAZIONI SUL NUOVO RITO DEGLI APPALTI**

Il nuovo codice degli appalti contiene, tra le altre, disposizioni innovative del Codice del processo amministrativo ed in particolare del rito speciale previsto per gli appalti dall'art. 120 D. Lgs. n. 104/2010.

L'innovazione più significativa consiste nell'aver introdotto un nuovo comma (2 bis), con il quale si dispone espressamente l'impugnabilità immediata, a pena di decadenza, dei provvedimenti endoprocedimentali di esclusione e di ammissione degli offerenti, confermando, d'altro canto, sia la regola della necessità di impugnativa immediata dei bandi solo per le clausole escludenti e/o equiparate alle stesse, sia l'inammissibilità del ricorso immediato contro tutti gli altri atti endoprocedimentali ivi compresa la (nuova) proposta di aggiudicazione.

Tale innovazione è posta nella dichiarata finalità di ridurre il contenzioso sulle procedure di gara, da più parti individuato come uno dei principali problemi insorti durante la vigenza del d.lgs n. 163/2006.

Muovendo da tali premesse, occorre tuttavia evidenziare che la nuova formulazione della norma pone diverse criticità, sia sul piano della coerenza logico sistematica con i consolidati principi sinora elaborati dalla giurisprudenza, sia sul piano della effettiva riduzione del contenzioso amministrativo.

### **1. La norma**

Per quanto concerne la tecnica legislativa, la scelta del legislatore delegato è stata quella di innovare parzialmente l'art. 120 c.p.a, introducendo nuovi commi al testo vigente (2-bis, 6 bis, 8 ter), e riformulando in modo sostanzioso una parte delle disposizioni precedenti (commi 1, 5, 7, 9, 11).

In particolare l'art. 1, comm 1, lett. bbb) della L. 11/2016, legge delega prevede:  
*"previsione e razionalizzazione del rito abbreviato per i giudizi di cui alla lettera a) del comma 1 dell'articolo 119 del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, anche mediante l'introduzione di un rito speciale in camera di consiglio che consente l'immediata risoluzione del contenzioso relativo all'impugnazione dei provvedimenti di esclusione dalla gara o di ammissione alla gara per carenza dei requisiti di partecipazione; previsione della preclusione della contestazione di vizi attinenti alla fase di esclusione dalla gara o ammissione alla gara nel successivo svolgimento della procedura di gara e in sede di impugnazione dei successivi provvedimenti di valutazione delle offerte e di aggiudicazione, provvisoria e definitiva".*

Il testo del nuovo art. 120 c.p.a. risulta così ampiamente novellato rispetto alla formulazione precedente, a conferma di una tendenza che ha visto il Legislatore apportare in più occasioni modifiche alla formulazione delle norme già vigenti per adeguarne le *performances* di operatività.

Sul punto occorre infatti ricordare che l'art. 120 c.p.a. è stato novellato più volte (d.lgs n. 195/2011 che ha disciplinato la decorrenza del termine per la proposizione del ricorso incidentale, D.L n. 90/2014 che ha introdotto la possibilità di fissare una cauzione in caso di adozioni di misure cautelari), sicchè la norma appare oggi profondamente cambiata rispetto alla sua formulazione originaria (2010).

Ciò che però in questa sede rileva, è che le novelle intervenute non avevano – finora – modificato la tradizionale e tralaticia impostazione secondo cui la proponibilità ed ammissibilità dell'azione giurisdizionale era subordinata alla lesione immediata, concreta, ed attuale dei propri interessi cagionata da singoli atti di gara, sulla base del criterio della sua rilevanza giuridica.

L'art. 120 c.p.a. nella formulazione precedente appariva coerente con tali principi, frutto della precedente elaborazione giurisprudenziale (sul punto v. *infra*), e sulla base di questa individuava il momento di proponibilità del ricorso in quello in cui l'interesse era immediatamente e direttamente lesa, con conseguente decorso del termine di impugnazione.

Tale impostazione era correlata ad una distinzione tra:

a) censure relative lo svolgimento della gara, il cui termine di impugnazione decorreva dall'aggiudicazione definitiva (in particolare, dalla comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione ex art. 79 d.lgs n. 163/2006);

b) censure relative la possibilità di partecipazione alla gara, che invece erano occasionate dal bando di gara (e/o dai suoi atti direttamente applicativi), che, in quanto atto autonomamente lesivo, era suscettibile di diretta ed immediata impugnazione.

Quanto sopra, considerando che in entrambi i casi, il giudizio - ferma la possibilità di definizione immediata nell'udienza cautelare - era comunque definito con sentenza in forma semplificata in udienza, da tenersi entro 45 gg dalla scadenza del termine di costituzione delle parti diverse dal ricorrente.

In tale contesto, il d.lgs n. 50/2016 in attuazione della legge delega 11/2016 è intervenuto in parte (per le ammissioni) modificando la precedente impostazione.

Il novellato art. 120 c.p.a. prevede oggi che:

a) gli atti delle procedure di affidamento, nonché i provvedimenti di ANAC ad esse riferiti, siano impugnabili in via esclusiva innanzi al TAR competente (comma 1);

b) i provvedimenti di esclusione nonché quelli di ammissione all'esito della valutazione dei requisiti (soggettivi, economico-finanziari, e tecnico professionali) devono essere impugnati entro 30 giorni dalla loro pubblicazione, nelle forme previste dall'art. 29 a pena

di inammissibilità sia della loro successiva impugnazione, sia dell'illegittimità derivata dei successivi atti della procedura eventualmente fatta valere anche con ricorso incidentale (art. 120 comma 2-bis);

c) allo stesso modo, sono inammissibili le impugnazioni proposte avverso la proposta di aggiudicazione e tutti gli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività (art. 120 comma 2-bis);

d) il relativo giudizio è definito in camera di consiglio, che:

- deve tenersi entro 30 gg dalla scadenza della costituzione delle parti diverse dal ricorrente (comma 6 bis);

- su richiesta delle parti il ricorso è definito negli stessi termini in udienza pubblica;

- l'udienza è comunicata alle parti quindici giorni prima dell'udienza, e queste possono produrre documenti, memorie e repliche rispettivamente fino a 10, 6, e 3 giorni liberi prima dell'udienza (comma 6 bis);

- la camera di consiglio (o l'udienza) non può essere rinviata (tranne che per esigenze istruttorie, per l'integrazione del contraddittorio o in caso di motivi aggiunti / ricorso incidentale), e la causa non può essere cancellata dal ruolo (comma 6 bis);

- la sentenza è depositata entro 7 gg dalla camera di consiglio (o udienza pubblica), e nei 30 gg successivi è proponibile appello (comma 9);

e) parallelamente, continua ad essere vigente il "vecchio" rito (comma 6) per cui l'aggiudicazione definitiva ed i bandi autonomamente lesivi devono essere impugnati, rispettivamente, entro 30 gg dalla comunicazione ex art. 79 d.lgs n. 163/2006 (trattasi di refuso del legislatore), o dalla pubblicazione.

La norma realizza così uno sdoppiamento nei presupposti a cui ancorare la proponibilità della tutela, che – a seguito della novella introdotta con il d.lgs. n. 50/2016 - risulta

fondata su presupposti differenti, e, nel caso del rito introdotto dal nuovo codice, svincolato dai principi precedentemente elaborati dalla giurisprudenza.

## **2. Evoluzione della giurisprudenza**

La correlazione tra onere di tempestiva impugnazione ed immediatezza della lesione subita, è stata lungamente approfondita dalla giurisprudenza amministrativa in particolare nel settore delle procedure di gara in materia di appalti pubblici, e tanto prima quanto dopo l'entrata in vigore del c.p.a.

Nello specifico, il concetto di immediatezza della lesione è stato sviluppato con riguardo ai bandi di gara ed alle esclusioni (e non anche alle ammissioni).

### **2.1 Giurisprudenza in materia di bandi di gara ante c.p.a.**

A) Il rapporto tra immediatezza della lesione ed onere di tempestiva impugnazione è stato in particolare analizzato e sviluppato dalla giurisprudenza amministrativa con riferimento ai bandi di gara.

Questo percorso interpretativo trova il caposaldo nella decisione del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria n. 1/2003, secondo cui:

*"la lesione dell'interesse del ricorrente deve, tradizionalmente essere caratterizzata dall'immediatezza, dalla concretezza e dall'attualità. Deve, cioè essere una conseguenza diretta ed immediata del provvedimento lesivo e dell'assetto di interessi con esso introdotto, deve essere concreta e non meramente potenziale, sussistere già al momento del ricorso e persistere al momento della decisione su di esso. [...] Ciò che quindi appare decisivo ai fini dell'affermazione dell'esistenza di un onere di tempestiva impugnazione è la sussistenza di una lesione concreta ed attuale della situazione dell'interessato, che determina a sua volta la sussistenza di un interesse attuale all'impugnazione, e quindi con riferimento al bando di gara l'attitudine a provare una lesione di tal genere [...]. Ciò che*

*quindi appare decisivo, ai fini dell'affermazione dell'onere di immediata impugnazione è pertanto non soltanto il fatto che esse manifestino la loro attitudine lesiva, ma il rilievo che le stesse essendo legate a situazioni e qualità del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara esattamente e storicamente identificate, preesistenti alla gara stessa, e non condizionate dal suo svolgimento, sono in condizioni di ledere immediatamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara o alla procedura concorsuale" (nello stesso senso, in precedenza ad es. C.d.s. sez. V n. 2645/2001, successivamente ad es. C.d.s. sez. V n. 2320/2004, C.d.s. sez. IV n. 3955/2005; TAR Lazio – Roma sez. I ter n. 5148/2007; contra C.d.s. sez. III n. 4341/2007).*

B) In sede applicativa, le conclusioni della successiva giurisprudenza amministrativa sono state pertanto orientate ad individuare puntualmente i presupposti in presenza dei quali si configura l'onere di immediata impugnazione del bando di gara.

B.1.) E' stato così evidenziato che tale onere deve ritenersi limitato alla c.d. clausole escludenti, ossia quelle che definiscono i requisiti soggettivi di partecipazione alla procedura, e che, in quanto tali, sono suscettibili di precludere la partecipazione alla gara di determinati soggetti, e/o di impedire di effettuare un'offerta concorrenziale (in questi termini cfr. ad es. C.d.s. sez. V n. 3217/2009);

Per contro, l'onere di immediata impugnazione non può ritenersi esteso anche alle clausole che prescrivono oneri puramente formali (quali a es. quelle che prescrivono specifiche modalità di presentazione delle domande di partecipazione), insuscettibili di ledere immediatamente gli interessi dei partecipanti alla gara (in questo senso ad es. C.d.s. sez. VI n. 3424/2006).

B.2.) Sotto altro profilo, sono state altresì individuati presupposti in concreto necessari ai fini dell'immediata impugnazione del bando.

Sul punto la giurisprudenza pressochè costante (C.d.s. sez. V n. 5455/2008; nello stesso senso C.d.s. sez. V n. 861/2008; C.d.s. sez. V n. 594/2009; contra C.d.s. sez. VI n. 3348/2009), ha rilevato come l'onere di tempestiva impugnazione sia fondato su due presupposti concorrenti:

a) la rituale presentazione della domanda di partecipazione alla gara da parte del ricorrente;

b) la presenza nel bando di gara di requisiti soggettivi puntualmente definiti, e del tutto ostativi alla partecipazione alla gara di determinati soggetti e/o categorie di soggetti.

B.3.) Infine, occorre ancora segnalare come una parte della giurisprudenza amministrativa abbia comunque ritenuto circoscritto l'ambito di applicazione dell'onere di tempestiva impugnazione in caso di clausole formulate ambiguamente, sul presupposto che *"l'impugnazione della lex specialis può essere differita al momento dell'impugnazione del provvedimento di esclusione solo quando la clausola del bando sia ambigua e tale da prestarsi a differenti interpretazioni in sede di ammissione degli aspiranti alla procedura concorsuale. Anche in tale ipotesi il bando deve essere impugnato congiuntamente al provvedimento di esclusione, in quanto la lesione sopportata dal concorrente escluso deriva dal bando di gara, rispetto al quale l'esclusione si pone come atto esecutivo e il pregiudizio si attualizza proprio al momento dell'esclusione"* (C.d.s. sez. V n. 6544/2009).

## 2.2. Giurisprudenza in materia di bandi di gara successiva il c.p.a.

La giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del c.p.a. in materia di bandi di gara, ha, nella sostanza, confermato i principi che erano già stati elaborati precedentemente.

In sintesi:

1) anche secondo la giurisprudenza più recente, l'onere di immediata impugnazione deve intendersi circoscritto alle sole ipotesi di contestazione di clausole c.d. escludenti (cfr. C.d.s. sez. III n. 4698/2014, Sez. V nn.ri 3203/2014, 1665/2014), definite come "a) *quelle che prescrivono in modo univoco requisiti soggettivi di ammissione o di partecipazione alla gara arbitrari e discriminatori, b) introducono situazioni di fatto la carenza delle quali determina in via immediata e diretta l'effetto escludente c) dissimulano una fattispecie di abnorme restrizione all'accesso alla selezione e quindi alla conseguente tutela, precludendo a priori scelte economiche che l'operatore vorrebbe introdurre nella procedura competitiva*" (C.d.s. sez. V n. 3403/2013);

Per contro, è stato evidenziato che la mera illegittimità della lex specialis non è ex se sufficiente a configurare l'onere di immediata impugnazione, in quanto il concorrente non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, visto che "*non sa ancora se l'astratta potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura e, quindi, in un'effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare*" (C.d.s. sez. VI n. 6434/2014, sez. V n. 5181/2015);

2) Sono state così ritenute clausole escludenti, e come tali sottoposte all'onere di tempestiva impugnazione, quelle che indicano i criteri in maniera generica o sommaria, ostacolando in tal modo la presentazione delle offerte (C.d.s. sez. III n. 5111/2012), quelle che impediscono indistintamente a tutti i concorrenti di formulare una "*corretta e consapevole*" proposta economica (C.d.s. sez. IV n. 5671/2012), così come quelle che impongono ai fini della partecipazione "*oneri assolutamente incomprensibili o manifestazione sproporzionati ai caratteri delle gara e che comportino per l'interessato*

*l'impossibilità di accedere alla procedura"* (C.d.s sez. IV n. 1243/2014; cfr. anche C.d.s. sez. III n. 2628/2012).

3) La giurisprudenza più attenta, ha poi evidenziato il collegamento tra i principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa a partire da C.d.s. Ad. Plen. n. 1/2003, e l'art. 120 c. 5 c.p.a., che nel prescrivere l'impugnazione dei "bando autonomamente lesivi" ha in sostanza codificato l'onere di tempestiva impugnazione del bando in relazione alle clausole immediatamente escludenti già elaborato dalla precedente giurisprudenza (C.d.s. sez. III n. 5507/2014; C.d.s. sez. V n. 5155/2013);

4) Infine, anche a seguito dell'entrata in vigore del c.p.a., la giurisprudenza amministrativa ha proseguito lo sforzo ermeneutico di delimitare l'ambito di applicazione dell'onere di tempestiva impugnazione del bando di gara, da escludere *"allorchè la lesione dell'interesse del concorrente nasce non direttamente da clausole escludenti, ma dalla valutazione che la stazione appaltante fa in sede applicativa della regola della lex specialis"* (C.d.s. sez. III n. 2413/2015).

### 2.3 Giurisprudenza sulle esclusioni

La correlazione tra onere di tempestiva impugnazione, ed immediatezza della lesione subita è stato affrontato dalla giurisprudenza amministrativa anche con riguardo alla materia delle esclusioni dalla procedura di gara.

Sul punto si osserva che se da un lato la giurisprudenza ha escluso l'immediata lesività (e quindi impugnabilità) dei provvedimenti di ammissione/esclusione degli altri concorrenti (C.d.s. sez. III n. 6443/2012), dall'altro lato ha analizzato approfonditamente il rapporto tra onere di tempestiva impugnazione del bando di gara e provvedimento di esclusione, evidenziando la diversa natura di quest'ultimo sulla base della clausola applicata.

Nello specifico, se da un lato una parte della giurisprudenza ha evidenziato come il provvedimento di esclusione comporti l'insorgere dell'interesse al ricorso laddove costituisca applicazione di una previsione della lex specialis non immediatamente lesiva (in questi termini C.d.s sez. III n. 921/2016 *"soggiacciano all'onere di immediata impugnazione le sole clausole che impediscano la partecipazione o impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati ovvero che rendano impossibile la stessa formulazione dell'offerta, mentre per le altre previsioni, comprese quelle concernenti i criteri di valutazioni e attribuzioni dei punteggi, l'interesse al ricorso nasce con gli atti che ne facciano applicazione, quali l'esclusione o l'aggiudicazione a terzi in quanto effettivamente lesivi della situazione giuridica tutelata"*, ma si veda anche C.d.s. sez. V n. 5218/2015, sez. V n. 5296/2015; Sez. IV n. 361/2015; sez. IV n. 936/2014), dall'altro lato un'altra parte della giurisprudenza ha valorizzato la correlazione tra clausole escludenti e successivo provvedimento di esclusione, in questo caso valutato alla stregua *"di un atto meramente ricognitivo di una lesione già prodotta"* (in questi termini si veda C.d.s. sez. III n. 4067/2014 *"ai fini dell'onere di immediata impugnazione della clausole che prescrivono requisiti di partecipazione ad una gara pubblica, è necessario non soltanto il fatto che esse manifestino immediatamente la loro attitudine lesiva, ma anche il rilievo che le stesse risultino legate a situazioni e qualità del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara, esattamente e storicamente identificate, preesistenti alla gara e non condizionate dal suo svolgimento e perciò in condizioni di ledere immediatamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto, in tali casi configurandosi il successivo atto di esclusione come meramente dichiarativo e ricognitivo di una lesione già prodotta"* negli stessi termini anche C.d.s. sez. III n. 5035/2013; C.d.s. sez. III n. 4698/2014).

#### 2.4 Adunanze plenarie

A seguito dell'entrata in vigore del c.p.a., il tema della correlazione tra tempestività dell'impugnazione, ed immediatezza della lesione è infine stato affrontato – se non altro parzialmente – anche in alcune pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Tra queste si segnala in particolare C.d.s. Ad. Plen. n. 31/2012, che individua un onere di tempestiva impugnazione rispetto alla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, quale atto di chiusura della procedura, da cui quindi discende una diretta e concreta lesione degli interessi del concorrente non aggiudicatario.

E' poi opportuno richiamare anche C.d.s. Ad. Plen. n. 4/2011, che nel ribadire che *"la definitiva esclusione o l'accertamento della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abilita ad impugnare gli esiti della procedura selettiva. Tale esito rimane fermo in tutti i casi in cui l'illegittimità della partecipazione alla gara è definitivamente accertata, sia per inoppugnabilità dell'atto di esclusione, sia per annullamento dell'atto di ammissione"* indirettamente conferma l'immediatezza della lesione prodotta dal provvedimento di esclusione, ed il conseguente onere di tempestiva impugnazione.

### **3. Parziale distonia della nuova norma rispetto ai principi sopra ricordati.**

3.1. La nuova norma, mentre in sostanza conferma i precedenti principi sulla immediatezza dell'insorgere dell'onere di impugnazione nei confronti dei bandi e delle loro clausole direttamente lesive (in quanto aventi effetto escludente), ovvero con effetto immediatamente rilevante (impossibilità di una formulazione di un'offerta), nel rispetto delle regole tradizionali sul collegamento tra la possibilità della tutela giurisdizionale e la attualità della lesione concreta, ha introdotto una diversa e distonica previsione con riguardo all'obbligo, per tutti i concorrenti, di impugnare nel medesimo termine delle esclusioni, ed in corso di gara, anche i provvedimenti di ammissione degli altri concorrenti.

Ciò a pena di inammissibilità successiva, ed a prescindere dagli effetti che un tale provvedimento amministrativo sia suscettibile di assumere immediatamente sull'interesse concreto degli altri concorrenti e sulla sua immediata impugnabilità.

La ratio di una tale previsione può e deve essere individuata nel tentativo di dare la massima stabilità e certezza al rapporto in cui si estrinsecano le operazioni di gara, una volta che sia stata definita – e resa definitiva – la platea dei concorrenti, e – forse - anche nella concorrente ragione di corrispondere al principio, di massima anticipazione della tutela in concreto.

Tuttavia, una tale previsione comporta una rottura con i principi processuali in materia di condizioni dell'azione impugnatoria dinnanzi al giudice amministrativo, laddove l'impugnazione dell'ammissione degli altri concorrenti nel termine perentorio di 30 gg decorrenti dalla pubblicazione del provvedimento (di ammissione), svisciva e rende recessivo il principio della immediatezza della lesione derivante dal provvedimento impugnato rispetto alla (necessaria) attualità della reazione giurisdizionale, anticipandola obbligatoriamente ad un momento procedimentale nel quale la selezione degli interessi dei singoli partecipanti non è ancora tale da poter far riconoscere in capo a ciascun concorrente un effettivo e concreto interesse (ed utilità) all'impugnativa.

In altri termini, l'obbligo di impugnazione immediata delle ammissioni altrui a pena di decadenza rompe il collegamento tra l'interesse attuale e concreto, che è stato riconosciuto dover essere alla base della possibilità della impugnazione giurisdizionale, per correlarlo ad una posizione (quella di mero partecipante alla procedura) in realtà priva di quelle connotazioni che secondo l'insegnamento tradizionale erano ritenute indeclinabili per la proponibilità del ricorso.

La nuova previsione appare quindi suscettibile di comportare - forse in misura inferiore a quella che si potrebbe immaginare ad un primo acchito - una deflazione del contenzioso ed una maggiore "stabilità" della procedura di gara, ma anche sotto altro profilo un effetto opposto di inflazione del contenzioso, quantomeno con finalità - al di là delle effettive esigenze - cautelative.

Peraltro, proprio per tale specifico effetto, la norma, laddove collegata ad una decadenza di motivi ricorsuali deducibili nel momento in cui l'esigenza di tutela soggettiva diviene concreta ed attuale e deve essere coperta dal principio di effettività, rischia di essere da un lato sospettata di illegittimità costituzionale per violazione del diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost. e dall'altro incoerente con il principio di effettività sostanziale della tutela assicurato dalla direttiva recepita (89/665) di matrice comunitaria.

Infatti nell'ambito della procedura il momento in cui diviene attuale la lesione e individuabili i soggetti legittimati all'azione ed alla reazione giurisdizionale, sia in via principale che - soprattutto - incidentale, è quello in cui insorge la concreta ed effettiva esigenza di tutela (specie a fini difensivi mediante l'impugnazione incidentale).

Inoltre se alla base di tale "anticipazione" dell'impugnativa, in distonia rispetto ai tradizionali principi processuali, risiede l'esigenza di stabilità della procedura di gara una volta definita la platea dei competitors ammessi, allora non si comprende come il legislatore delegato non abbia ritenuto di modificare anche il comma 5 dell'art. 120 (il c.d. "vecchio rito") e di estendere il medesimo principio di anticipazione dell'impugnazione ai bandi e/o agli avvisi di avvio delle procedure.

Infatti, la norma così come in oggi formulata prevede tre sostanziali momenti di proponibilità dell'impugnazione:

- a) l'impugnazione nel termine perentorio dalla pubblicazione del bando e/o degli avvisi di avvio della procedura, ma solo per le clausole escludenti (comma 5) e/o a quelle a queste equiparate;
- b) l'impugnazione decorrente dalla pubblicazione del provvedimento di esclusione e da quello di ammissione degli altri concorrenti;
- c) l'impugnazione avverso l'aggiudicazione definitiva, escludendo la possibilità di qualsiasi altro atto endoprocedimentale.

Ma allora le medesime (ed anzi più forti e pregnanti) ragioni di stabilità che hanno spinto il Legislatore a derogare alla correlazione tra il principio di immediatezza della lesione e la proponibilità dell'azione, imporrebbero altresì che l'obbligo di impugnazione immediata fosse esteso a tutte le previsioni degli atti di avvio della procedura, a prescindere dal momento della loro attuale lesività, in modo da assicurare l'effetto di stabilità della gara – per fasi – nel suo divenire, con conseguente impossibilità ex post di rimontare all'illegittimità di fasi già superate.

Questa estensione sarebbe sì concretamente produttiva di effetti di contenimento del contenzioso, nella logica che chi partecipa alla gara deve dolersi subito delle eventuali illegittimità, ma che superata tale fase, e pervenutisi alla fase delle offerte, le regole di gara non possano essere rimesse in discussione.

Né parrebbe sostenibile la tesi secondo la quale l'immediata impugnazione dell'ammissione altrui sarebbe correlata ad un provvedimento non della Commissione di gara ma ad un – successivo – provvedimento dell'Amministrazione e, quindi, del RUP.

A ciò osta:

- la lettera e la ratio della legge delega (art. 1, comma 1, lett. bbb);

- la formulazione dell'art. 29, che correla il decorso del termine di impugnazione alla pubblicazione sul sito dell'Amministrazione del provvedimento di ammissione entro un termine perentorio e incompatibile con ulteriori adempimenti;
- la natura comunque provvedimentoale dell'atto della Commissione Giudicatrice, fermo il potere di controllo (di 2° grado) del RUP;
- l'applicabilità della regola non soltanto alle gare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma anche a quelle da aggiudicarsi al prezzo più basso, nelle quali non è prevista la commissione di gara, e le operazioni di verifica dei requisiti soggettivi sono rimesse al seggio di gara, che vi adempie con atti di valore provvedimentoale, sia pure non definitivi.

#### **4. Profili squisitamente processuali**

L'art. 204 D. Lgs. 50/2016 va segnalato anche per la specialità e/o specificità di alcuni profili squisitamente di rito:

A. il comma 6 bis prevede che i ricorsi di cui al comma 2 bis (e cioè quello sulle esclusioni e le ammissioni) siano decisi, salvo diversa richiesta delle parti, con rito camerale con termini abbreviati, così introducendo – all'interno del rito speciale per gli appalti – un ulteriore rito speciale camerale per i giudizi in materia di esclusione ed ammissione.

Anche il termine dell'appello viene fatto decorrere dalla comunicazione della sentenza di I grado, e non si applica il termine "lungo" dal deposito;

B. il comma 8 ter, che chiede un'espressa motivazione in sede cautelare dei provvedimenti adottati, con specifico riguardo agli effetti della ordinanza sulla efficacia e/o sulla risoluzione del contratto, con una valutazione ampiamente discrezionale correlata alle esigenze imperative connesse all'interesse generale all'esecuzione del contratto, pronuba

di un evidente favor alla conservazione del rapporto e di una implicita opzione di prospettiva verso una tutela (risarcitoria) per equivalente;

C. è poi previsto un termine di pubblicazione della sentenza abbreviato a 7 giorni (o su richiesta delle parti del deposito del dispositivo entro 2 giorni);

D. l'inammissibilità del ricorso cumulativo in caso di impugnazione per gara con offerte per pluralità di lotti solo nel caso di identità dei motivi.