

# Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche <sup>1</sup>

1	Principali innovazioni .....	1
2	Entrata in vigore .....	1
3	Prime considerazioni .....	1
4	Il precontenzioso .....	2
4.1	Il potere consultivo .....	2
4.1.1	Ambito oggettivo .....	2
4.1.2	Natura ed effetti del parere .....	2
4.2	Il potere di raccomandazione .....	4
5	Il contenzioso giurisdizionale (art. 204) .....	5
6	La nuova tutela cautelare (art. 120) .....	8
7	Conclusioni .....	8

## 1 Principali innovazioni

Le principali innovazioni, sul tema del contenzioso e del precontenzioso sono contenute essenzialmente nell'art. 204 del codice dei contratti pubblici, che, a sua volta, modifica profondamente l'art. 120 del codice del processo amministrativo, nonché nell'art. 211, disposizione quest'ultima che attribuisce nuovi poteri, consultivi e di indirizzo ad ANAC, suscettibili di sfociare in pareri e "raccomandazioni" espressamente dichiarati impugnabili "ai sensi dell'art. 120 del C.P.A."

## 2 Entrata in vigore

È pacifico ormai che le nuove norme processuali si applicheranno soltanto al contenzioso relativo alle gare bandite a partire dal **20 aprile 2016**. La natura processuale delle norme in esame avrebbe potuto giustificare, astrattamente, un diverso regime transitorio, incentrato sul principio *tempus regit actum* immediata, ma la scelta compiuta dal legislatore delegato è stata di segno opposto.

**Il regime transitorio generale** è stabilito dall'art. 216, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016: "*Fatto salvo quanto previsto nel presente articolo ovvero nelle singole disposizioni di cui al presente codice, lo stesso si applica alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte*".

## 3 Prime considerazioni

Si è scelto di modificare, contestualmente al cambiamento delle norme sostanziali e procedurali, necessitato, com'è noto, dalla scadenza delle direttive appalti e concessioni, anche il sistema della tutela. Questa, invero, potrebbe rivelarsi un'opzione strategicamente imprudente poiché oggettivamente aggiunge all'incertezza esecutiva ed applicativa connaturate alla novella, anche l'incertezza nelle tecniche di somministrazione della tutela ad opera di ANAC e, soprattutto, del Giudice amministrativo.

---

<sup>1</sup> Il contributo costituisce rielaborazione, con note essenziali, della relazione al Convegno "il nuovo codice dei contratti pubblici" – Aula Magna SPISA, Bologna, 23 maggio 2016.

In fase di prima applicazione nessuno potrà godere di un quadro regolatorio certo e stabilizzato: tutti, dalle stazioni appaltanti al Giudice amministrativo, passando per ANAC, scontano nel proprio ordinamento un tasso di innovazione che li spiazza.

Sarebbe stato forse meglio sperimentare la nuova disciplina, ed in ispecie la nuova fase della verifica dell'ammissibilità delle offerte, anche alla luce dei bandi tipo e del documento unico di gara, per comprendere se veramente fosse anche utile una novella processuale. Invece si è provocata discontinuità su ogni versante, e questo nell'ambito delle regole non è mai foriero di certezza o deflazione.

## 4 Il precontenzioso

Ma analizziamo le innovazioni partendo dal c.d. precontenzioso: sul punto sono due i poteri attribuiti ad ANAC dall'art. 211:

### 4.1 Il potere consultivo

**Il primo** è descritto quale potere consultivo: *Su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l'ANAC esprime parere relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il parere vincolante è impugnabile dinanzi al giudice amministrativo.*

#### 4.1.1 Ambito oggettivo

Così com'è formulata la norma sembrerebbe avere un ambito oggettivo comprensivo di ogni "questione insorta", espressione quest'ultima idonea a ricomprendere sia i dubbi esegetici ed applicativi sul come decidere una concreta fattispecie, sia il caso in cui si faccia questione della legittimità di una decisione già adottata.

Da una prima analisi può tuttavia escludersi che la norma possa avere ad oggetto anche la legittimità di atti. In *primis* in ragione della natura tendenzialmente preventiva del parere, ma anche perché un potere ricostruito in siffatti termini finirebbe per sovrapporsi alla disciplina della "raccomandazione" ai fini dell'autotutela (secondo potere attribuito ad ANAC dall'art.211, vedi infra par. 4.2). Ove si sostenesse il contrario, del resto, si tratterebbe di uno strumento consultivo non concretamente utilizzabile dall'amministrazione atteso che non è verosimile che quest'ultima, in luogo di chiedere un parere preventivo, emetta l'atto, per sottoporlo subito dopo ad una sorta di auto impugnativa dinanzi all'ANAC.

E finanche se a richiedere il parere fosse uno degli offerenti le aporie non mancherebbero. La richiesta del parere "vincolante" su un atto amministrativo, avanzata dal privato, nient'altro sarebbe che un'impugnativa in sede amministrativa, o, più propriamente, un ricorso gerarchico improprio. Ne deriverebbe, sul versante interpretativo, l'esigenza di un richiamo alle disposizioni generali in tema di ricorsi amministrativi e di rapporto con il ricorso giurisdizionale, con conseguenti complicazioni di non poco momento, in un quadro già di suo complesso.

È opportuno quindi, sin da subito, scartare questa opzione esegetica. Auspicabile un chiarimento ANAC sul punto.

L'ipotesi sulla quale devono concentrarsi i primi sforzi esegetici è quindi la richiesta del parere su questione dubbia ma ancora non decisa.

#### 4.1.2 Natura ed effetti del parere

A ben vedere il legislatore ha introdotto nell'ordinamento **un parere facoltativo a carattere vincolante**, innanzi sconosciuto. La dottrina ha da sempre descritto il parere in relazione al profilo

della doverosità della relativa richiesta, così distinguendo i pareri facoltativi da quelli obbligatori. All'interno dei pareri obbligatori ha poi distinto, avendo riguardo agli effetti sull'azione successiva e conseguente dell'amministrazione, tra pareri vincolanti cui l'amministrazione deve uniformarsi, e pareri non vincolanti dai quali l'amministrazione può discostarsi adeguatamente motivando<sup>2</sup>.

Qui si è invece dinanzi ad una ipotesi nuova: un parere facoltativo quanto alla richiesta, ma vincolante negli effetti.

Si tratta però di una vincolatività soggettivamente limitata. Tutti i soggetti, pubblici e privati, coinvolti nella gara possono chiedere parere ad ANAC, ma il parere vincola solo le parti che vi abbiano aderito.

La norma, ad una prima riflessione, sconta un equivoco di fondo: sembra trattare le parti come se esse fossero protagoniste di una contesa paritaria, trascurando che la parte pubblica ha il potere/dovere di agire nell'ambito di un rapporto amministrativo in cui la parte privata soggiace secondo lo schema dell'interesse legittimo, salva, ovviamente, l'azione di annullamento.

Pertanto se a chiedere il parere è l'amministrazione – e questa dovrebbe la casistica a maggior ricorrenza - essa dovrà ineluttabilmente uniformarsi attraverso un atto amministrativo capace per sua natura di imporsi unilateralmente. All'offerente pretermesso non basterà opporre la mancata adesione al parere per svincolarsi, poiché il vincolo giungerà per il tramite dell'azione amministrativa uniformata. Piuttosto, il privato, attesa la vincolatività del parere, sarà onerato, se vuol in qualche modo contrastare la futura azione dell'amministrazione, di impugnare immediatamente il parere e chiederne la sospensiva.

C'è da chiedersi se anche l'amministrazione che dissente dal parere, dalla medesima richiesto o al quale abbia comunque aderito, possa impugnare. Salva una più matura riflessione, la circostanza dovrebbe ragionevolmente escludersi alla luce del principio di leale collaborazione fra le istituzioni: la natura facoltativa del parere, lato richiesta, combinato alla vincolatività negli effetti, rende inammissibile una "riserva" di impugnazione in caso di mancato gradimento.

La questione è ancor più interessante quando sia il privato a chiedere.

Qui il valore aggiunto della norma rispetto alle previsioni precedenti, che comunque consentivano la consulenza ANAC (vedi art. 6, comma 7, lett. n del codice previgente) è il carattere vincolante del parere. Nondimeno, occorre rilevare, che la prevista vincolatività non è accompagnata da strumenti che ne garantiscano l'effettività, quando a chiedere il parere siano i privati.

Il privato non ha la disponibilità dell'oggetto del contendere che è invece in mano al potere di azione della stazione appaltante, onde se l'ANAC conferma la correttezza delle sue tesi, egli non ha comunque strumenti per sfruttare la valenza favorevole del parere. L'amministrazione che non ha aderito preventivamente alla richiesta di parere, non è, pertanto, giuste previsioni di legge, vincolata e può discostarsene; né ha l'onere di impugnarlo poiché il parere si può e si deve impugnare solo se è vincolante.

In conclusione, il parere chiesto dai privati continuerà ad avere gli effetti che ha sempre avuto in passato: una capacità di influenza in forza dell'autorevolezza dell'autorità dalla quale promana<sup>3</sup>.

Un effetto di reale vincolo si produrrà solo se a chiedere è l'amministrazione.

---

<sup>2</sup> Si veda, ad esempio, nella manualistica più recente, E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, 2011, p. 475, che distingue fra: pareri obbligatori "se la loro acquisizione è prescritta dalla legge; parere facoltativi se "non sono previsti dalla legge; l'amministrazione può di propria iniziativa richiederli, purché ciò non comporti un ingiustificato aggravamento del procedimento"; pareri semivincolanti se "possono essere disattesi mediante l'adozione del provvedimento da parte di un organo diverso da quello che di norma dovrebbe emanarlo, impegnandone la responsabilità politica o amministrativa" (così era per il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica prima delle modifiche introdotte dalla L. 69/2009); pareri vincolanti se si tratta di "pareri obbligatori che non possono essere disattesi dall'amministrazione, salvo che li ritenga illegittimi"; pareri conformi che "lasciano all'amministrazione attiva la possibilità di decidere se provvedere o meno; se essa provvede, non può però disattenderli".

<sup>3</sup> R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 5/2016, osserva che "tale meccanismo potrà essere efficace solo se l'ANAC saprà, nei suoi pareri, essere talmente autorevole da far rendere prevedibile che in un eventuale contenzioso giurisdizionale il giudice non potrebbe che aderire alla tesi del parere. Diversamente, il rischio è che il contenzioso si moltiplichi, aggiungendosi a quello sugli atti di gara quello sui pareri dell'ANAC".

Questo valore aggiunto ha tuttavia un oggettivo ed inevitabile costo sul versante procedimentale e giurisdizionale.

Sul versante procedimentale è chiaro che se l'amministrazione chiede un parere vincolante è ragionevole che essa si fermi ad attenderne il riscontro. Ma è altrettanto ragionevole che ciò avvenga anche se a chiedere il parere sia uno degli offerenti. Dunque si allungano i tempi delle gare.

La natura vincolante del parere introduce altresì complicazioni anche sul versante giurisdizionale. Il parere dev'essere impugnato, pena l'inammissibilità dell'impugnazione dell'atto amministrativo che lo recepisce, e dunque se la vicenda riguarda ad esempio una possibile esclusione, ancor prima che arrivi l'atto amministrativo conforme al parere l'offerente interessato, o l'offerente contro interessato (a seconda del tenore del parere), avrà un ulteriore atto da contestare con conseguente aggravio sul versante giurisdizionale.

#### **4.2 Il potere di raccomandazione**

Il secondo penetrante potere concerne l'autotutela.

Questo il testo della disposizione: *Qualora l'ANAC, nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250,00 e il limite massimo di euro 25.000,00, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all'articolo 36 del presente decreto. La raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo.*

La norma è invero curiosa perché giunge ad imporre l'esercizio di un potere di autotutela che per definizione è discrezionale, e lo fa sotto minaccia di una sanzione pecuniaria a carico del funzionario, nonché di una sanzione "dequalificante" nei confronti della stazione appaltante. Trattasi, quindi, non di "raccomandazione" – termine utilizzato dal legislatore – ma di un classico precetto corredato da sanzione. È evidente che non c'è funzionario che possa rifiutarsi di eseguire quello che è un vero e proprio ordine.

Il funzionario che volesse disobbedire dovrebbe, per evitare di esporsi ad una sanzione certa, impugnare l'ordine; e la stessa cosa dovrebbe fare la stazione appaltante per evitare ripercussioni sul suo *rating* reputazionale, ma è chiaro che entrambi i soggetti - il funzionario e l'amministrazione – hanno un *modus discessus* per evitare di incorrere in responsabilità: annullare l'atto.

Quindi, la raccomandazione è, negli effetti, un vero e proprio ordine. Ed è un ordine che elide d'un colpo lo statuto dell'autotutela<sup>4</sup>: i) per un verso ne elimina il carattere discrezionale poiché lo ancora esclusivamente alla mera sussistenza di una illegittimità, obliterando l'esigenza di dimostrare l'esistenza di interessi pubblici ulteriori, nonché il vaglio dello spessore dell'affidamento *medio tempore* ingeneratosi in capo al privato ii) per altro ne elimina il carattere di *contrarius actus* poiché sostanzialmente ad annullare è ANAC.

Ma la norma a ben vedere è importante più per quello che non dice, che per quello che dice.

Il potere d'ordine in capo ad ANAC è costruito a tutela oggettiva dell'ordinamento e sembra essere lo svolgimento del considerando 122 della direttiva 24/2014.

---

<sup>4</sup> R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 5/2016, osserva che il sollecito all'autotutela, in virtù di una interpretazione restrittiva, dovrebbe implicare "una selezione preventiva, da parte dell'ANAC, dei casi più rilevanti, quali quelli stessi che secondo le direttive comunitarie giustificano la "risoluzione" che altro non è che un'autotutela per vizi originari di legittimità (v. artt. 108 e 176), o quelli in cui i vizi della gara acquisiscono anche una rilevanza penale"

Il citato “considerando” se da un lato ricorda che “*la direttiva 89/665/CEE prevede che determinate procedure di ricorso siano accessibili per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione del diritto dell’Unione in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto*”, dall’altro raccomanda che “*i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto e dovrebbero pertanto avere la possibilità, con modalità diverse dal sistema di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione dinanzi a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni della presente direttiva all’autorità o alla struttura competente...*”.

Il potere di ordinare l’annullamento in autotutela è sicuramente funzionale alla tutela dei cittadini contribuenti, ma se così è bisognerà coerentemente ammettere che qualunque contribuente possa eccitare il potere ANAC, nonché dolersi davanti al Giudice amministrativo dell’eventuale rifiuto dell’esercizio di un tale potere.

Trattandosi di un potere vincolato legato alla mera sussistenza di una illegittimità, il giudice potrà conseguentemente conoscere della fondatezza della pretesa e dunque vi sarà sempre un giudizio ed un giudice capace di rimettere in discussione gli esiti della gara, anche ove i termini per qualsiasi impugnativa ordinaria siano scaduti.

È persino possibile che sia lo stesso offerente pretermesso a rivolgersi ad ANAC per chiedere l’esercizio del potere di raccomandazione, e ad agire in giudizio nel caso in cui ANAC rimanga silente o rifiuti espressamente di provvedere.

Si è cioè di fronte ad una norma che in assenza di correttivi sembra potenzialmente idonea a scardinare il sistema degli appalti ed il principio di certezza delle posizioni giuridiche, caratterizzante l’ordinamento di settore come quello generale.

Sarebbe occorsa quanto meno una previsione che consentisse ad ANAC di non processare denunce e segnalazioni provenienti da soggetti interessati, ma decaduti dai termini per impugnare, o comunque provenienti da qualunque “contribuente” oltre un termine ragionevole contestualmente fissato, in modo da costruire il potere come un potere straordinario.

O forse, come del resto suggerito dal Consiglio di Stato, sarebbe stato opportuno un diverso ed alternativo sistema basato sull’impugnativa dell’ANAC dinanzi al Giudice amministrativo, secondo uno schema analogo a quello previsto per l’Antitrust dall’art. 21-*bis* della legge n. 287/1990.

## **5 Il contenzioso giurisdizionale (art. 204)**

La vera novità sul versante giurisdizionale è l’impugnazione dell’ammissione delle offerte altrui, con conseguente inammissibilità dell’impugnazione dell’aggiudicazione per motivi legati alla mancata esclusione; nonché inammissibilità dei ricorsi incidentali dell’aggiudicatario finalizzati a togliere legittimazione al ricorrente principale per mancanza dei requisiti di ammissione.

Questo il testo della disposizione: «*2-bis. Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell’articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L’omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l’illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale....*”

Com’è noto, il sistema in precedenza precludeva l’impugnazione delle ammissioni: si osservava che il concorrente non vincitore della gara ha effettivo interesse a verificare con attenzione i requisiti degli altri partecipanti solo all’esito della procedura selettiva. Appariva incongruo ed oneroso imporre ai concorrenti l’onere di impugnare preventivamente ed immediatamente gli atti endoprocedimentali di ammissione alla gara.

A ciò va aggiunto, sul piano fattuale, che in numerose gare, non solo la distanza temporale tra la verifica soggettiva e la valutazione delle offerte risultava molto ridotta, ma, assai spesso, la stessa attività di verifica dei requisiti di partecipazione era effettuata dalle stazioni appaltanti all'esito della gara e concentrata sul vincitore e sul secondo graduato. Sicché i vizi attinenti all'ammissione erano fatti valere al momento dell'impugnazione dell'aggiudicazione.

La nuova disposizione ribalta l'orientamento precedente, ed espressamente impone l'onere di impugnazione immediata delle ammissioni. Poi costruisce su questo specifico oggetto un rito superspeciale, ossia un rito ancora più speciale del rito speciale appalti.

Si intuisce agevolmente qual è la *ratio* della norma e quali sono i vantaggi della stessa: riduzione e semplificazione dei giudizi avverso l'aggiudicazione.

L'idea è quella di blindare la fase delle ammissioni nella quale si annidano la maggior parte dei germi dell'attuale contenzioso, attraverso una preclusione processuale o comunque un suggello giudiziario, sì da affrancare tendenzialmente dal contenzioso la fase dell'aggiudicazione.

È una buona idea, ma è gravida di rischi, specialmente nella gare con numerosi candidati. Sarà necessaria un'attenta valutazione dell'impatto della regolamentazione per comprendere come concretamente i comportamenti pubblici e privati si orienteranno<sup>5</sup>.

I rischi sono che gli esclusi potrebbero essere indotti ad impugnare, oltre alla propria esclusione, anche l'ammissione altrui; e finanche gli ammessi - ossia coloro che si trovano in posizione del tutto favorevole e sono in corsa per l'aggiudicazione - potrebbero essere indotti a contestare la posizione degli altri concorrenti ammessi ove ritenessero la preclusione processuale prevista dalla norma in ordine ai vizi delle altrui ammissioni eccessivamente rischiosa e penalizzante per le proprie aspirazioni. Ciò a prescindere dalle *chance* di effettiva aggiudicazione che i concorrenti ammessi abbiano (nella fase di ammissione, ovviamente, le offerte tecniche ed economiche non sono ancora note).

È una logica processuale oggettivamente gravida di complicazioni, che trova la sua unica giustificazione e forza nella scommessa - si spera vincente - che nessuno spenderà danaro ed energie processuali per impugnare le ammissioni, rassegnandosi a dirigere le proprie contestazioni esclusivamente nei confronti dell'aggiudicazione.

Se così non dovesse essere, lo scenario potrebbe però divenire davvero drammatico. Le gare vivrebbero un'inevitabile parentesi procedimentale ed un'altra scontata parentesi processuale, con conseguente enorme dilatazione dei tempi.

In altri termini: la possibilità di un'impugnazione estesa anche alle ammissioni potrebbe rendere ineluttabile la sospensione della gara durante il giudizio. V'è infatti il rischio che la norma sia tralasciata dalle amministrazioni come un sigillo giudiziario alla fase delle ammissioni o, detto diversamente, una sorta di omologa necessaria al fine di procedere alla successiva e finale fase.

La stessa norma, potrebbe essere tralasciata - lato partecipanti - come l'offerta di un altro campo sul quale competere e vincere la gara: quello giudiziario.

Tutti impugneranno contro tutti. Sarà il giudice a stabilire in via definitiva chi può essere ammesso e chi no.

Per addivenire all' "omologa" serviranno però mesi, il giudice nel frattempo si trasformerà in una commissione aggiudicatrice di secondo grado, con buona pace delle esigenze di celerità procedimentale e di deflazione del contenzioso.

---

<sup>5</sup> R. De Nictolis, op. cit., osserva che "La nuova disciplina è sicuramente mossa dalla buona intenzione di porre fine ad una patologia giudiziaria seria: il fioccare di ricorsi incidentali plurimi e incrociati con cui si rimettono in discussione, in sede di contestazione dell'aggiudicazione, i passaggi precedenti della gara. La previsione, in parte, codifica un consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui le esclusioni vanno autonomamente e immediatamente impuginate. Quanto, invece, alla previsione, assolutamente innovativa, che onera della immediata impugnazione delle altrui ammissioni, da più parti si dubita che si sia scelto lo strumento giusto: obbligare a impugnare le altrui ammissioni di tutti gli altri concorrenti in difetto di un interesse concreto e attuale, che tale diviene solo quando uno, e uno solo, dei tanti ammessi, diviene aggiudicatario, rischia di rendere eccessivamente difficile, oltre che costosa, la tutela giurisdizionale, stressando la tenuta eurounitaria del sistema italiano".

Non solo. Una volta “omologate” in via definitiva le ammissioni, rimarrebbe comunque il contenzioso ordinario sugli altri motivi d’esclusione (si pensi all’anomalia, all’irregolarità dell’offerta, alle verifiche post aggiudicazione sui documenti), nonché sull’aggiudicazione, ridotto ma non certamente eliminato. La giurisdizione potrebbe cioè essere chiamata per la seconda volta ad occuparsi della stessa gara.

Il nuovo sistema di tutela non sembra neanche necessitato dal diritto dell’Unione, che invece sembra tracciare un’altra via maestra. Il diritto UE sembra orientato proprio nel senso opposto, in piena coerenza con la finalità generale di non aggravare l’accesso ai mezzi di ricorso.

Mi spiego meglio.

All’attuale stato della legislazione – ed ancor più per il nuovo modello - è evidente che gran parte delle energie procedurali e processuali sono impegnate a vagliare questioni complicatissime sull’ammissibilità delle offerte, ancor prima ed a prescindere da un vaglio circa le reali possibilità per l’ammesso di conseguire un’aggiudicazione sulla base della concreta offerta fatta.

Da un punto di vista logico ed economico v’è un incredibile spreco di energie.

Non bisogna mai trascurare la considerazione che se pur è vero che il miglior offerente potrebbe non risultare vincitore se non passa il controllo sui requisiti di ammissione, di certo il semplice ammesso non potrà mai vincere se non ha fatto anche la migliore offerta.

Ed allora, che senso ha, nelle procedure con una moltitudine di partecipanti, dannarsi nella caccia all’errore, nel soccorso istruttorio, nel contenzioso, se poi il candidato, non ha alcuna *chance*, in ragione dell’offerta fatta, di conseguire l’aggiudicazione?

Sulla base di questa considerazione logica l’art. 56, comma 2, della direttiva 24 ha previsto che *“nelle procedure aperte, le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di esaminare le offerte prima di verificare l’assenza di motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione ai sensi degli articoli da 57 a 64. Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell’assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato ad un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell’articolo 57 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall’amministrazione aggiudicatrice.”*

La norma europea non sembra puntualmente recepita dal d.lgs. n. 50/2016, che non considera in modo apposito la facoltà delle stazioni appaltanti di seguire un iter più flessibile e semplificato. *“E questa circostanza potrebbe essere rilevante non solo per i suoi riflessi procedurali (apprezzabili anche in relazione all’evidente onere aggiuntivo che fa gravare sui concorrenti e sulle stazioni appaltanti), ma anche per la sua incidenza indiretta sull’accesso ai mezzi di ricorso. L’operatore economico, nelle procedure aperte, dovrebbe aspettarsi di contestare l’atto di ammissione dell’aggiudicatario solo all’esito della procedura selettiva e non dover impugnare “cautelativamente”, tutte le ammissioni, comprese quelle dei concorrenti che risulteranno, poi, collocate in posizioni deteriori”*<sup>6</sup>.

Ma la direttiva va oltre.

In un approccio sostanzialista, tipico del diritto dell’Unione, stabilisce, con disposizione perentoria, chiaramente ispirata all’esigenza di mantenere al massimo livello la tutela della legalità - che *“le amministrazioni aggiudicatrici escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura qualora risulti che l’operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 2.”* (cfr. art. 57, comma 5 della direttiva n. 24/2014). Ed il codice recepisce fedelmente la previsione all’art. 80<sup>7</sup>

Questo significa che non v’è una fase di ammissione delle offerte che si possa concludere con un “provvedimento” tombale seguito eventualmente da una “omologa” giudiziaria. Ma vi è piuttosto un dovere di controllo aperto almeno sino alla aggiudicazione. E allora ci si chiede: se il dovere di

---

<sup>6</sup> Così M. Lipari, *La tutela giurisdizionale e precontenziosa nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*

<sup>7</sup> *“Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l’operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5.”*

controllo da parte della stazione appaltanti perdura sino all'aggiudicazione, perché mai l'offerente dovrebbe perdere legittimazione a far valere le cause di esclusione?<sup>8</sup>

La verità è che la ricerca della certezza nella definizione del contenzioso attraverso un approccio per fasi, avrebbe senso solo se affiancata da una altrettanto sicura e rapida scansione cronologica del procedimento di verifica delle offerte. Procedimento che allo stato della legislazione non si intravede.

## 6 La nuova tutela cautelare (art. 120)

Da ultimo, un rapido cenno meritano le novità in materia di tutela cautelare.

La legge di delega, nella lettera aaa), ultima parte, prevede uno specifico criterio di delega, riguardante, in generale, la tutela cautelare nel rito speciale in materia di contratti pubblici:

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

Il nuovo comma 8-ter dell'art. 120 attua in modo pressoché pedissequo il criterio, stabilendo che *“8-ter. Nella decisione cautelare, il giudice tiene conto di quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122, e delle esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione”*.

L'innovazione ha lo scopo di collegare espressamente la decisione cautelare alle stesse valutazioni che devono orientare le scelte in ordine alla pronuncia di inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

Secondo la prima dottrina, *“l'effettiva utilità della norma, che recepisce in modo pressoché letterale un puntuale criterio di delega, è assai discutibile, poiché, in linea generale, il nesso con gli esiti possibili del merito è sempre presente nella motivazione cautelare”*<sup>9</sup>.

Io trovo invece che la norma sia molto utile. Quando il legislatore dice che già nella decisione cautelare, il giudice tiene conto di quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122, significa che se il contratto è stato già stipulato in violazione dello *stand still* o con violazione degli obblighi di evidenza pubblica, il giudice amministrativo non deve limitarsi a sospendere l'aggiudicazione, o addirittura giungere a ritenere insussistente il *periculum* essendosi ormai verificato l'evento della stipulazione, ma piuttosto deve sospendere il contratto, a meno che esigenze imperative lo sconsiglino.

## 7 Conclusioni

In conclusione, siamo dinanzi a buone ed innovative idee che però necessitano di un test di impatto sui comportamenti pubblici e privati, idoneo a scongiurare il rischio di reazioni speculative, oltre che un (sempre in agguato) fenomeno di eterogenesi dei fini. Un uso morigerato ed accorto del potere di autotutela da parte di ANAC, un'oculata gestione del potere di soccorso da parte della stazione appaltante, un utilizzo non strumentale o speculativo della giurisdizione, sono tutti elementi che potranno fare la differenza. Non resta che osservare e raccogliere dati.

---

<sup>8</sup> Sia la norma comunitaria, che quella interna di recepimento, sembrano difficilmente compatibili con una limitazione della tutela giurisdizionale – imposta dalla legge nazionale – che, trascorso il breve termine decadenziale di trenta giorni, impedisca poi di contestare l'aggiudicazione avvenuta in contrasto con le regole imperative riguardanti i requisiti soggettivi degli operatori economici, persino nel caso in cui il potere-dovere di esclusione delle offerte inammissibili è ancora sussistente in capo all'amministrazione. Così conclude M. Lipari, in op. cit.

<sup>9</sup> M. Lipari, in op.cit.

Giulio Veltri  
Consigliere di Stato

Publicato il 26 maggio 2016