

Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici

di Maria Alessandra Sandulli

Professore ordinario di Diritto amministrativo e Giustizia amministrativa
Università degli Studi di Roma Tre



Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*

di Maria Alessandra Sandulli

Professore ordinario di Diritto amministrativo e Giustizia amministrativa
Università degli Studi di Roma Tre

Sommario: **1.** Considerazioni generali: nuovo Codice dei contratti, certezza delle regole e conseguenze della loro violazione. **1.1** *Segue:* il ruolo della dottrina e le linee guida dell'ANAC. **2.** Le nuove regole del contenzioso. **2.1.** Premessa. L'ambito di applicazione. **2.2.** Le novità di carattere generale: l'eliminazione dello *standstill* procedimentale per i contratti sotto soglia. **2.3.** *Segue:* I nuovi limiti della tutela cautelare. **2.4.** I nuovi limiti di tutela contro gli atti di ammissione alle procedure di gara.

1. Considerazioni generali: nuovo Codice dei contratti, certezza delle regole e conseguenze della loro violazione.

Prima di concentrarmi sull'argomento assegnatomi, vorrei fare alcune brevissime considerazioni su alcune tematiche di carattere generale emerse dalle precedenti relazioni e in particolare da quella del Consigliere Corradino. Si è parlato del ruolo della dottrina e dell'Università e, nella mia qualità di

* 1 Lo scritto costituisce la rielaborazione e lo sviluppo della relazione tenuta al convegno di studi "Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici" intitolato a Feliciano Benvenuti nel centenario della sua nascita, organizzato l'8 luglio 2016 dall'Associazione Veneta degli Avvocati Amministrativisti e dell'Unione Nazionale degli Avvocati Amministrativisti a Cortina d'Ampezzo presso il Centro Congressi Alex Girardi.

Devo innanzi tutto esprimere i miei più sinceri complimenti e rivolgere un sentito grazie ad Alessandro Calegari e a tutti gli organi della Sezione veneta della Società degli avvocati amministrativisti e a tutti gli organizzatori di questo incontro.

Grazie anche alla famiglia Benvenuti, a Luigi e a Marco, che ci ha consentito ancora una volta di ricordare il grande Maestro e di ricordarlo proprio qui a Cortina dove amava tanto trascorrere le sue vacanze. Come ho già avuto occasione di ricordare nell'incontro svoltosi a Venezia per celebrare i cento anni dalla Sua nascita, nella mia adolescenza ho avuto il privilegio di accompagnare il professor Benvenuti e mio padre in piacevolissime passeggiate sulla strada della ferrovia, verso la baita Fraina, ascoltandoli dissertare sulle più varie tematiche giuridiche, sociali e culturali e ne conservo un bellissimo e vivissimo ricordo.

Il piacere e lo stimolo offerti da questo incontro sono ancora più forti, consentitemi di dirlo, per la presenza, oltre a quella di tanti illustri Relatori, del Presidente Baccarini, verso il quale nutro da sempre una fortissima ammirazione.

Presidente dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, non posso non rispondere al richiamo.

Sicuramente il ruolo della dottrina è, in questo momento, più che mai importante e delicato: e mi sembra che anche questo incontro ne costituisca sicura conferma. Ne ha dato del resto valida dimostrazione proprio l'ampio e partecipato dibattito svolto in ambito accademico negli incontri promossi dalla nostra Associazione, significativamente dedicati, in questi ultimi tre anni, ai temi che, come ricordava anche Michele Corradino, costituiscono, dal lato giuridico, il nucleo centrale sul quale lavorare per ambire al concreto superamento della crisi economica. Negli anni 2014-2016, abbiamo concentrato la nostra attenzione, individuandoli come "tema dell'anno" per i nostri incontri, sull'incertezza delle regole, sulle fonti nel diritto amministrativo, sui rimedi (preventivi e successivi) alla cattiva amministrazione. Qualcuno ha espresso perplessità per questo ritorno ai temi tradizionali, ma sono i temi classici che costituiscono, ancora, a mio avviso, il nostro fondamentale punto di partenza e di riferimento. Non li dobbiamo dimenticare in un momento di crisi economica, politica e istituzionale, perché la crisi esiste e dobbiamo averne piena coscienza, cercando di affrontarla al meglio, individuando i rimedi più idonei a tal fine. Ancora pochi mesi fa, nell'autunno 2015, ricordo di essere stata costretta a svolgere, in vari convegni scientifici², un'opera di costante "martellamento", per confutare l'assurda e pericolosa identificazione nella giustizia amministrativa di una delle cause ostative alla ripresa dell'economia, propugnando l'opposto *slogan* che, anzi la certezza delle regole - e dunque anche l'effettività della tutela contro la relativa inosservanza da parte dei detentori dei poteri pubblici - sono strumento indispensabile affinché gli operatori possano riacquistare fiducia e l'economia possa andare avanti ("lo Stato di diritto fa bene all'economia").

Il valore della certezza delle regole e le conseguenze negative derivanti, sul piano economico, dall'instabilità del quadro normativo hanno trovato triste conferma proprio nei dati recentemente

² Tra gli altri, Bari-Polignano, convegno di studi "*Poteri dei giudici e poteri delle parti nei processi sull'attività amministrativa dall'unificazione al codice*", il 21-22 settembre 2015 presso l'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"; Roma, "*Principio di legalità e effettività della tutela. L'insegnamento di Aldo M. Sandulli nel centenario della nascita*" presso l'Università La Sapienza - Facoltà di giurisprudenza - aula Calasso - 20 novembre 2015; Padova, "*Le fonti nel diritto amministrativo*", 9-10 ottobre 2015, presso Palazzo del Bo - Aula Magna "Galileo Galilei"; Roma - Firenze, "*Convegno internazionale "Ambiente, energia, alimentazione modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile"*", 7-8 ottobre 2015, Camera dei Deputati - Sala del Refettorio; Catania, "*Il recepimento delle nuove direttive appalti e concessioni*", 11 e 12 settembre 2015 presso l'Aula magna del Dipartimento di giurisprudenza; Treviso, 13 maggio 2015, "*Le concessioni per le grandi derivazioni di acqua a scopo idroelettrico: questioni aperte sull'uso di una risorsa energetica*", 13 maggio 2015, presso Auditorium Santa Croce;



fornitici dalla stampa sulla stasi creata dalla recente riforma del Codice dei contratti pubblici (con importi scesi del 79,2% a maggio e del 58% a giugno). Come ricordavano anche i precedenti relatori, il legislatore ha concepito un sistema basato su regole di incerta comprensione e applicazione, affidata a linee interpretative “flessibili” e stiamo aspettando gli esiti dei riscontri della loro concreta funzionalità da parte di una cabina di regia che proporrà imprescindibili correttivi. Senza menzionare, per non indulgere a troppo facili critiche, l'imminente decreto di rettifica dei numerosissimi errori materiali che costellano il decreto delegato che il Governo è stato costretto a redigere in tempi assolutamente inaccettabili per compensare gli ingiustificabili ritardi nella stesura della legge delega.

In questo quadro, chi ha il coraggio di avviare nuove procedure di gara? E' un problema reale e concreto di massima gravità, che contraddice lo slogan che le regole “flessibili” favoriscono la ripresa dell'economia.

Si aspettano le rettifiche, i decreti attuativi, le linee guida, i riscontri della cabina di regia e i conseguenti decreti correttivi di una riforma che offre ben poche garanzie. E anche le stazioni appaltanti preferiscono aspettare a bandire le gare.

Il tema si intreccia strettamente con quello del contenzioso, che sono stata chiamata più specificamente ad affrontare: un tema che desta preoccupazioni ancora maggiori, fa tremare le vene ai polsi.

In un contesto normativo tutt'altro che univoco e definito (come dimostrato anche dai frequenti contrasti giurisprudenziali), il nuovo Codice prevede che se la stazione appaltante commette errori interpretativi o non si adegua alle richieste (“raccomandazioni”) dell'ANAC di rimuovere, in qualunque tempo, in via di autotutela, gli atti che l'Autorità reputa illegittimamente adottati, esponendosi a giudizi di esito incerto, oltre a subirne le sanzioni pecuniarie, rischia un *rating* di legalità negativo che le pregiudica la qualificazione ad indire nuove procedure (artt. 38 e 211 d.lgs. n. 50/2016). Ciò che, evidentemente, la spinge all'immobilismo. In direzione opposta a quella che sembrava propugnare un sistema più agile, fondato su una maggiore autonomia e discrezionalità delle stazioni appaltanti nella scelta dei propri contraenti, queste ultime sono sempre più pesantemente intimorite e disincentivate dall'avviare in proprio la realizzazione di nuove opere o l'acquisizione di nuove commesse. Paradossalmente, i nuovi limiti alla tutela giurisdizionale soprassessoria e ripristinatoria contro i loro errori sono, nel contesto generale, anche per i committenti un elemento di debolezza invece che un punto di forza, aggravando le contraddizioni del sistema. Da una parte, infatti, il legislatore, con la riforma della legge generale sull'azione amministrativa introdotta dalla l. n. 124 del 2015, vieta alle



amministrazioni di sospendere e/o annullare i propri atti quando essi attribuiscono vantaggi economici (categoria nella quale sono evidentemente inclusi anche gli affidamenti di commesse pubbliche) dopo 18 mesi dalla relativa adozione e, con l'art. 204 del nuovo Codice dei contratti pubblici introduce gravissimi e irragionevoli limiti temporali all'impugnazione degli atti di ammissione alle gare pubbliche (v. *infra*) e, dall'altra, gli artt. 108 e 176 dello stesso Codice prevedono la risoluzione del contratto e la cessazione di efficacia quando il committente riscontri, nel corso del rapporto, che il contraente avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di aggiudicazione o che l'aggiudicazione è frutto di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati, come riconosciuto dalla CGUE in un procedimento ex art. 258 TFUE, o di una sentenza passata in giudicato per violazione del medesimo Codice; e, in termini ancor più generali, l'art. 211 riconosce all'ANAC il richiamato potere di raccomandazione ad agire in autotutela per l'eliminazione di qualsiasi atto di gara illegittimamente adottato, rimuovendone gli effetti. Su quest'ultimo tema e sulle contraddizioni che il nuovo obbligo di rispettare "raccomandazioni" di autotutela da parte di organi di natura non giurisdizionale mi si consenta di rinviare a quanto già lucidamente ed esaurientemente scritto dal Presidente Lipari³.

Non posso però fare a meno di segnalare la scarsa chiarezza e l'evidente difetto di coordinamento tra i richiamati artt. 108 e 176. Il primo, nel titolo relativo all'esecuzione degli appalti, prevede invero che le stazioni appaltanti "possono" risolvere i contratti di appalto

c) quando l'aggiudicatario si trovava in una delle situazioni di cui all'art. 80, comma 1 (requisiti di idoneità morale), per i settori ordinari, ovvero di cui all'art. 170, comma 3 (concernente però un divieto di esclusione per difetto formale dei requisiti tecnici e funzionali!) per le concessioni, e, in ultimo, di cui all'art. 136, comma 1, secondo e terzo periodo (ma ce ne sono solo due, anche se il riferimento pare ancora una volta al difetto dei requisiti di idoneità morale previsti dall'art. 80, comma 1);

d) quando l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato per una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati, come riconosciuto dalla CGUE in un procedimento ex art. 258 TFUE, o di una sentenza passata in giudicato per violazione del medesimo Codice.

Nulla dice poi l'art. 108 sul rapporto con i limiti al potere di autotutela introdotti dalla recente riforma dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990.

L'art. 176, sotto il titolo dedicato all'esecuzione delle concessioni, dispone a sua volta che la concessione "cessa" (non è quindi utilizzato il verbo modale di mera possibilità) quando

³ M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e 'precontenziosa' nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2016, 10.

- a) il concessionario avrebbe dovuto essere escluso ai sensi dell'art. 80, comma 1 (non si fa quindi menzione dell'art. 170);
- b) la stazione appaltante (meglio sarebbe stato dire "il concedente") ha violato, con riferimento al procedimento di aggiudicazione, il diritto dell'UE come accertato dalla CGUE ai sensi dell'art. 258 TFUE (non si parla invece di sentenze passate in giudicato per violazione del Codice).

Pur se l'uso dell'espressione "*la concessione cessa*" (in luogo di quella "*le stazioni appaltanti possono risolvere il contratto*" utilizzata nell'art. 108) dovrebbe indicare un automatismo incompatibile con la natura discrezionale dell'annullamento d'ufficio, l'art. 176, comma 2, precisa che "*nelle ipotesi di cui al comma 1 (l'ultima delle quali, sub lett. c, è peraltro completamente estranea all'ambito dell'autotutela caducatoria, non presupponendo alcun vizio originario del titolo: n.d.r.) non si applicano i termini previsti dall'art. 21-nonies*" della richiamata l. n. 241 del 1990.

Ciò che, secondo una corretta interpretazione ermeneutica di un testo ragionato e coerente, porterebbe a concludere, in contrasto peraltro con l'obbligo di ottemperare alle decisioni giurisdizionali, che

- la cessazione non è comunque automatica, ma è subordinata alle altre condizioni (valutazione della sussistenza di un interesse pubblico attuale, anche in relazione al bilanciamento dei contrapposti interessi e al lasso di tempo intercorso) previste dall'art. 21-*nonies*;
- nelle ipotesi di cui all'art. 108, la risoluzione del contratto è subordinata anche al rispetto dei termini di cui al citato art. 21-*nonies*.

Nessuno dei suddetti limiti sembra però sussistere per le raccomandazioni ANAC, che, quindi, in qualunque tempo, sembra poter imporre alle committenti l'autoannullamento dei propri atti.

Con buona pace della propugnata esigenza di certezza e stabilità degli atti di gara che dovrebbe giustificare i nuovi gravissimi ostacoli alla tutela giurisdizionale introdotti dall'art. 204 del Codice!

1.1. Segue: il ruolo della dottrina e le linee guida dell'ANAC.

Tornando al ruolo della dottrina, tengo a sottolinearne l'importanza proprio con riferimento alle linee guida dell'ANAC.

Al convegno annuale di Varenna dello scorso settembre abbiamo sentito affermare da alcuni relatori che esse, già sottratte al parere preventivo del Consiglio di Stato, avrebbero dovuto essere opportunamente preservate dall'intervento caducatorio dei giudici amministrativi. Alcuni dei

professori presenti, sollecitati *in primis* da chi vi parla, si sono, evidentemente, ribellati, invocando l'incompatibilità di ogni ipotesi di sottrazione dei suddetti atti alla tutela giurisdizionale con il diritto costituzionale e eurounitario. La soggezione alla tutela giurisdizionale è stata quindi (addirittura) espressamente prevista dal Codice, anche se – mi si consenta la notazione – trovo grave che in uno Stato costituzionale di diritto che pone tra le garanzie fondamentali il diritto di tutti di agire in giudizio per una tutela (equa ed effettiva) dei propri diritti soggettivi e interessi legittimi, vi sia stato bisogno di scrivere che le linee guida dell'ANAC devono essere sottoposte al sindacato di un giudice. È aberrante che vi sia stata la necessità di ribadire con legge ordinaria un principio assolutamente imprescindibile. Ma le – giuste – critiche rivolte in più sedi dalla dottrina (tra le quali ancora una volta includo, *in primis*, le mie personali)⁴ ai nuovi strumenti di regolazione flessibile delle gare pubbliche, hanno fatto di più. L'ambito oggettivo delle linee guida vincolanti dell'ANAC, molto ampio nei progetti iniziali, è stato progressivamente ridotto⁵ e, nei suoi ultimi interventi, il Presidente Cantone ha dichiarato in varie sedi che le linee guida saranno comunque sottoposte ai pareri del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari. Non possiamo che esserne soddisfatti: forse, però, era opportuno chiarirlo dall'inizio e, questa volta sì, con legge e non declamare come uno dei pretesi vantaggi delle linee guida la loro più agevole modificabilità in quanto, a differenza del Regolamento governativo, non sono sottoposte a pareri preventivi.

Con questo non voglio negare ogni utilità al nuovo strumento. Un organo tecnico, oltre che indipendente, dedicato alla materia dei contratti pubblici, dovrebbe operare al meglio, cercando, come già sta facendo, di acquisire e proficuamente valutare i rilievi e le considerazioni delle varie categorie interessate. Esso dovrebbe quindi fornire, anche avvalendosi del generoso apporto del Consiglio di Stato, la migliore interpretazione.

⁴ Cfr. M.A. SANDULLI, interventi ai convegni citati alla nota 2: in particolare, *Crisi economica e giustizia amministrativa*, in *La domanda inevasa: la verifica delle teorie economiche che condizionano la Costituzione europea e quella italiana?*, il Mulino, in corso di pubblicazione; Presentazione del Convegno di Bari-Polignano su *Poteri dei giudici e poteri delle parti nei processi sull'attività amministrativa (dall'unificazione al Codice)*, in *federalismi.it*; Introduzione al convegno annuale AIPDA 2015 su *“Le fonti nel diritto amministrativo”*, Annuario AIPDA 2015, ES 2016, in corso di pubblicazione; *Principio di legalità e effettività della tutela: spunti di riflessione alla luce del magistero scientifico di Aldo M. Sandulli*, in *federalismi.it* e *Dir. e soc.* 2015, 4, 649; C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, 29 aprile 2016, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁵ Il Codice prevede infatti tre tipologie di linee guida: le linee guida “interpretative e di indirizzo” adottate dal MIT, su proposta dell'ANAC, sentite le commissioni parlamentari; le linee guida adottate dall'ANAC con carattere vincolante e quelle, sempre adottate dall'ANAC, con carattere non vincolante. Sul punto cfr. per tutti C. DEODATO, op. cit..



Come già rilevato in altre occasioni, affinché gli operatori abbiano realmente fiducia nell'indipendenza e nella funzione di controllo e vigilanza svolta dall'ANAC sarebbe peraltro necessario che questa si adoperasse per dare effettiva e pronta risposta alle segnalazioni delle gravi violazioni commesse dalle stazioni appaltanti nel corso delle procedure di gara, evitando di restare inerte a fronte delle sollecitazioni di intervento nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici, anche nel caso in cui la denuncia investa la mancata verifica dei requisiti morali di ammissione dell'aggiudicatario.

2. Le nuove regole del contenzioso.

2.1. Premessa. L'ambito di applicazione.

Passiamo ora al tema, specificamente affidatomi, delle nuove regole del contenzioso.

L'art. 120 del codice del processo amministrativo è stato profondamente modificato dal nuovo Codice dei contratti pubblici. La norma di riferimento è, come noto e come già anticipato, l'art. 204 del d.lgs. n. 50 del 2016.

In via preliminare, visto che qualcuno ha sollevato il problema (sul quale è tornato anche il Presidente Volpe in un convegno tenutosi il 21 giugno scorso al TAR Lazio in memoria del Presidente Luigi Tosti), mi sembra opportuno ribadire⁶ che l'art. 204, come tutte le altre disposizioni del Codice dei contratti pubblici, si applica, ai sensi dell'art. 216 dello stesso Codice, solo in riferimento alle procedure formalmente avviate dopo il 19 aprile nelle forme indicate dal medesimo art. 216.

Il dubbio interpretativo è stato sollevato in relazione al fatto che le nuove disposizioni non riguardano propriamente il Codice dei contratti, ma quello del processo e al dato formale che il d.lgs. n. 50 del 2016 non reca l'intestazione "Codice".

Esso è però inconsistente.

A parte la considerazione che il d.lgs. n. 50 del 2016 è attuativo di una legge delega che lo definisce espressamente "*Codice dei contratti pubblici (omissis)*", lo stesso decreto, all'art. 1, sotto la rubrica "*oggetto e ambito di applicazione*", utilizza la formulazione "*il presente Codice*": quindi, al di là del titolo formale, è chiaro che anche il riferimento al "*presente Codice*" contenuto nell'art. 216 opera per l'intero decreto delegato.

⁶ Cfr. M.A. SANDULLI, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici*, *Bussola per L'Amministrativista.it – Il Portale on line sugli appalti e i contratti pubblici*, anche in *federalismi.it*, 2016, 8.



Senza ulteriormente dissertare sul dato letterale, è poi dirimente osservare che le principali novità processuali introdotte dall'art. 204, ovvero quelle, più éclatanti, legate ai termini di impugnazione degli atti di gara (commi 2-*bis* e 5 dell'art. 120 c.p.a.) e alla ipercontrazione del giudizio avverso gli atti di ammissione e esclusione dalle procedure (comma 6-*bis* dello stesso art. 120) sono espressamente e strettamente correlate ad altre disposizioni del Codice (in particolare, artt. 29, 32 e 73): quindi, se queste ultime non sono applicabili, non possono esserlo neppure le predette norme processuali. Questo per tranquillizzare quanti sono preoccupati di dover già applicare le riferite modifiche all'art. 120 c.p.a. anche alle controversie sui vecchi appalti.

Dividerò il mio intervento in due parti: una sulle disposizioni di carattere generale e una sul nuovo rito “ipercontratto” di cui ai commi 2-*bis* e 6-*bis*.

2.2. Le novità di carattere generale: l'eliminazione dello *standstill* procedimentale per i contratti sotto soglia.

Le novità di carattere generale investono la tutela cautelare e l'eliminazione dello *standstill* procedimentale per gli appalti sotto-soglia.

Iniziamo da quest'ultimo. L'art. 32 del nuovo Codice esclude l'applicazione del termine dilatorio di cui al comma 9 – e quindi del divieto di stipulare il contratto prima che siano decorsi 35 giorni dall'aggiudicazione – nel caso di affidamenti effettuati ai sensi dell'art. 36 comma 2 lett. *a* e *b*, relativi che agli appalti sotto-soglia: quindi affidamenti pari o superiore a 40.000 euro e inferiori a 150.000 per i lavori e per le forniture e i servizi alle soglie di cui all'art. 35.

La disposizione è stata inserita in sordina, tanto che anche gli studiosi più attenti alle novità della materia non l'avevano in primo tempo percepita⁷. Essa rappresenta una grave riduzione di tutela. Basti pensare che la Direttiva n. 2007/66/CE (c.d. Direttiva ricorsi) che costituisce imprescindibile *vademecum* per valutare il livello minimo di adeguatezza della tutela, ha espressamente affermato la necessità dello *standstill* procedimentale. È vero che la Direttiva è vincolante solo per i contratti di

⁷ Stavo curando l'aggiornamento della *Bussola* sul rito speciale per il nostro nuovo Portale *on line* sugli appalti e i contratti pubblici (www.lamministrativista.it) – nel quale, in un'ottica di condivisione delle molteplici problematiche derivanti dal vigente quadro normativo, inseriamo quotidianamente le sentenze di medio e alto interesse emesse in materia di contratti pubblici dalle magistrature superiori e dai Tribunali amministrativi regionali, oltre agli atti legislativi e amministrativi (decreti, linee guida, pareri, ecc.) che ormai quasi quotidianamente si susseguono nel settore, corredati di commenti, approfondimenti e voci di orientamento (c.d. *Bussolè*) – e, ricordando qualche accenno ad una possibile eliminazione dello *standstill* procedimentale, ho chiesto ad autorevoli magistrati amministrativi se ne sapevano qualcosa. Nessuno lo aveva notato.

valore pari o superiore alla soglia di rilevanza eurounitaria, ma, al considerando 36, essa sottolinea che i principi ivi affermati sono espressione del principio generale di effettività della tutela sancito dalla Carta di Nizza. E, pacificamente, l'effettività della tutela non conosce, ai sensi degli artt. 24, 111 e 113 Cost, differenze economiche.

Quindi se è vero che per garantire l'effettività della tutela contro le violazioni commesse dalle stazioni appaltanti nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici occorre assicurare un periodo minimo per reagire all'aggiudicazione, durante il quale non può essere stipulato il contratto, la soppressione di tale garanzia si traduce in un inaccettabile *vulnus* del diritto di difesa.

La Direttiva 2007/66, ai *considerando* nn. 4 e 6, rileva invero espressamente che l'Unione ha riscontrato *“fra le carenze constatate l'assenza di un termine che consenta un ricorso efficace tra la decisione d'aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto. Ciò induce talvolta le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori desiderosi di rendere irreversibili le conseguenze di una decisione d'aggiudicazione contestata a procedere molto rapidamente alla firma del contratto”* (la cd. *“corsa al contratto”*, tristemente incoraggiata in Italia dalle disposizioni che, a partire dalla c.d. legge obiettivo, sancivano l'irrilevanza dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione per alcune categorie di contratti, trasformandone la stipula in quella che avevo a suo tempo definito come pericolosa *“tana libera tutti”*⁸).

L'Unione europea ha chiarito che, per rimediare a questa carenza, che costituisce un serio ostacolo ad un'effettiva tutela giurisdizionale degli operatori pretermessi, è opportuno prevedere un termine sospensivo minimo, durante il quale la stipula del contratto è rigorosamente sospesa.

Il termine sospensivo – precisa il *considerando* n. 6 – con formula che assume particolare interesse per una corretta e completa valutazione delle novità introdotte dall'art. 204 del d.lgs. n. 50/2016 *“dovrebbe concedere agli offerenti interessati sufficiente tempo per esaminare la decisione d'aggiudicazione dell'appalto e valutare se sia opportuno avviare una procedura di ricorso”*

A questi fini – prosegue la Direttiva – *“quando la decisione di aggiudicazione è loro notificata, gli offerenti interessati dovrebbero ricevere le informazioni pertinenti, che sono loro indispensabili per presentare un ricorso efficace”*.

La regola vale, in forza dell'ultimo cpv., a proposito delle ragioni di rigetto della loro domanda.

⁸ M.A. SANDULLI, *Brevi riflessioni su alcune recenti tendenze all'incertezza del diritto*, in *Rass. Parl.* 2003, 1; Id, *Il processo amministrativo superaccelerato e i nuovi contratti ricorso-resistenti*, in *federalismi.it*, 2009, 5.

“Tali informazioni pertinenti” – prosegue ancora la Direttiva al considerando n. 7 – “comprendono in particolare una relazione sintetica dei motivi pertinenti, come disposto all’articolo 41 della direttiva 2004/18/CE e all’articolo 49 della direttiva 2004/17/CE. Dato che il termine sospensivo varia da uno Stato membro all’altro, è inoltre importante che gli offerenti e i candidati interessati siano informati del termine effettivo a loro disposizione per esperire la procedura di ricorso se l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore non hanno messo tempestivamente a disposizione informazioni circa il rigetto della loro domanda”.

Il legislatore eurounitario sottolinea inoltre significativamente che la privazione degli effetti - quindi l’annullamento e, nelle more del giudizio, la sospensione dell’efficacia degli atti in contrasto con le norme sostanziali - è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità. Gli Stati membri devono pertanto rafforzare l’efficacia dei ricorsi nazionali incoraggiando gli interessati ad avvalersi maggiormente delle possibilità di ricorso con procedure d’urgenza.

In sintesi, le stazioni appaltanti devono fornire chiare informazioni ed esternare in modo adeguato i motivi dell’esclusione e/o dell’aggiudicazione della gara ad altri operatori.

Affinché la tutela sia effettiva, i soggetti lesi devono peraltro disporre di un termine sufficiente, prima che il concorrente stipuli il contratto, per capire se hanno fondate ragioni per contestare gli atti di gara e poterne eventualmente ottenere l’annullamento, previa sospensione, in modo da non esserne definitivamente pregiudicati. In tale termine, gli operatori devono evidentemente poter consultare legali e tecnici per valutare *cognita causa*, se, alla stregua della documentazione messa a loro disposizione e dei motivi espressi dalla stazione appaltante, sia opportuno agire in giudizio (affrontandone i pesanti oneri economici e, da ultimo, esponendosi anche al *rating* negativo di legalità per le future qualificazioni: artt. 213 comma 7 e 83 comma 10 del nuovo Codice dei contratti).

In direzione opposta a quella propugnata dal diritto dell’Unione, il nostro legislatore riduce, come si è visto, l’operatività dello *standstill* procedimentale, stringe sino all’inverosimile i termini per ricorrere, impone di fatto di proporre ricorsi “al buio” e cerca di rendere sempre meno effettiva la tutela conseguita.

2.3. Segue: i nuovi limiti della tutela cautelare.

Sintomatico di questo *modus agendi* è la modifica della disciplina della tutela cautelare, di cui non può essere pienamente valutato l’impatto senza considerare anche la fortissima e irragionevole contrazione dei termini per ricorrere, per discutere le istanze cautelari e quelle di merito e per decidere. I giudici

riescono sempre meno frequentemente a rendere decisioni chiare e univoche. Le forze politiche e i vertici dell'ANAC insistono nel concludere l'esigenza di offrire agli operatori un quadro normativo e interpretativo chiaro e stabile. I giudici vengono però contraddittoriamente costretti a risolvere controversie spesso delicate e complesse in tempi illogicamente compressi, con il timore di attirarsi ingiuste contestazioni e critiche se riconoscono le ragioni del ricorrente, rallentando l'esecuzione di atti *prima facie* illegittimi. Non occorre una grande scienza per rendersi conto che nei ristretti margini temporali previsti dalle nuove norme processuali e con le ridotte forze umane di cui dispongono, i Collegi non riescono a compiere quella adeguata e ponderata disamina delle varie circostanze e questioni che sarebbe loro richiesta dal quadro costituzionale e eurounitario, viepiù in un settore che merita una tale attenzione da giustificare l'istituzione di un'apposita Autorità di vigilanza (espressamente deputata anche alla prevenzione e alla repressione dei fenomeni di corruzione) e il riconoscimento di un potere di legittimazione ad agire in capo ad altra Autorità indipendente.

In un tempo che sembra ormai lontano denunciavamo con fiducia l'ingiustizia del contributo unificato, ma ora la sua imposizione sembra quasi il minore dei mali che la tutela giurisdizionale è costretta a subire nel predetto settore. Oggi bisogna fare i conti anche con la nuova contrazione dei termini processuali e con i limiti di battute per esporre le proprie ragioni⁹.

La garanzia di effettività della tutela, è, a mio avviso (e parlo senza falsa modestia anche contro i miei interessi), anche consentire a un operatore economico di rivolgersi ad un avvocato di media diligenza e non essere costretto ad affidarsi a professionisti super specializzati nel settore, più facilmente in grado (ammesso che comunque a loro volta vi riescano) di inquadrare vicende intricate e questioni giuridiche complesse in tempi rapidissimi e a rappresentarle in modo chiaro, completo, sintetico stimolante e persuasivo per consentire ai giudici di coglierne senza troppi sforzi i diversi profili.

In questo contesto si aggiunge il nuovo regime della tutela cautelare, che è l'altra disposizione generale dell'art. 120 c.p.a..

In base al nuovo comma 8-ter della norma processuale (valida per tutta la materia dei contratti e unica novella suscettibile di immediata applicazione qualora non si dovesse dare rilevanza agli elementi formali precedentemente richiamati), nella decisione cautelare (quindi vale per tutta la materia dei contratti) i giudici devono tenere conto “*di quanto previsto dagli art. 121 co. 1 e 122 c.p.a.* (che, come noto,

⁹ M.A. SANDULLI, *Le novità del rito sui contratti pubblici*, in *Libro dell'anno del diritto 2015*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2015; M.A. SANDULLI, A. CARBONE, *Misure economiche di deflazione del contenzioso*, *ibidem*.

prevedono limiti alla declaratoria di inefficacia del contratto) e delle esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione".

Il principio che il giudice deve tenere conto delle esigenze imperative connesse a un interesse generale prima di annullare l'aggiudicazione e/o dichiarare l'inefficacia del contratto trova, purtroppo, le sue origini nella legge obiettivo, su cui ho già ricordato la mia posizione critica. Esso è stato poi ripetuto anche nella Direttiva ricorsi e ripreso, nel c.p.a., negli artt. 121 e 122, ma il riferimento è alle esigenze imperative di interesse generale senza l'aggiunta "*alla sollecita esecuzione del contratto*". Prima del decreto delegato, nessuna disposizione era mai arrivata a tanto. Anzi, gli artt. 121 e 122 c.p.a. precisano espressamente che deve trattarsi di esigenze diverse dall'interesse economico, come è indubitabilmente quello ad eseguire in ogni caso il contratto. Anche la direttiva *Bolkestein* (n. 2006/123/CE), per individuare i motivi imperativi di interesse generale, fa riferimento a quelli riconosciuti come tali dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, tra i quali: "*L'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica, la sanità pubblica, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, la tutela dei consumatori, dei destinatari di servizi e dei lavoratori, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano, la salute degli animali, la proprietà intellettuale, la conservazione del patrimonio nazionale storico ed artistico, gli obiettivi di politica sociale e di politica culturale*" (art. 4, par 1, n. 8).

In nome di tutti questi interessi, cui va aggiunto quello, esso pure primario, ad assicurare la giustizia nell'esercizio del potere pubblico, impongono che l'appalto sia aggiudicato a chi veramente è in grado di dare correttamente la fornitura.

Nel nuovo Codice essi vengono superficialmente e inaccettabilmente pretermessi in nome di un preteso interesse imperativo alla sollecita esecuzione del contratto (!).

A parte un evidente e gravissimo eccesso di delega, ché la legge delega parlava di esigenze imperative di interesse generale legate all'esecuzione di un'opera pubblica strategica (illegittimamente generalizzate dal legislatore delegato per tutti i contratti), la disposizione si pone in contrasto - stratosferico - con ogni regola di buona amministrazione: una giustizia adeguata ed effettiva contro gli atti amministrativi è invero strumento imprescindibile per garantire il rispetto dell'art. 97 Cost. e dell'art. 41 della Carta di Nizza. Se rinunciamo alla giustizia amministrativa o ne riduciamo le potenzialità, riduciamo di fatto anche la garanzia di una buona amministrazione.



Non ci limitiamo, in altri termini, a ridurre la tutela dei singoli (in questo caso, gli operatori economici), ma facciamo molto peggio: distruggiamo i fondamenti del nostro sistema giuridico e le nostre garanzie costituzionali; distruggiamo, quindi, il nostro Stato.

Oggi, con leggerezza, chi ha sempre creduto nella giustizia amministrativa può ritenersi apparentemente rassicurato perché il sistema giurisdizionale TAR-Consiglio di Stato è rimasto in piedi e le voci di una sua possibile eliminazione sembrano definitivamente sopite.

Ma, se il ruolo della giustizia amministrativa è progressivamente eroso, quel sistema rischia di diventare un “re nudo”. Se gli interessati non possono più facilmente adire il loro giudice e, anche quando riescono con ogni difficoltà a raggiungerlo, esso non dispone delle risorse e dei poteri per offrire loro una tutela piena ed effettiva, la rassicurazione non può essere reale.

2.4. I nuovi limiti di tutela contro gli atti di ammissione alle procedure di gara.

Lasciando da parte queste accorate considerazioni, vengo rapidamente al comma 2-*bis* del nuovo art. 120 c.p.a., che introduce il rito “super-super-super-accelerato” o “ipercontratto” contro gli atti (positivi o negativi) di ammissione alle procedure di gara.

Sappiamo evidentemente tutti che l’esclusione da una gara pubblica deve essere immediatamente impugnata, in quanto provvedimento immediatamente lesivo.

Sappiamo però altrettanto bene tutti che l’ammissione degli altri concorrenti ad una gara pubblica non doveva e non dovrebbe essere immediatamente impugnata, perché non si può pretendere - pena un inaccettabile limite all’effettività della tutela - che un soggetto instauri un giudizio, sopportando oltretutto i gravi oneri del contributo unificato e degli onorari di legali super specializzati che dovrebbero riuscire a rappresentarne le ragioni nonostante i molteplici ostacoli sopra richiamati, senza magari neppure ottenere la sospensione del provvedimento in nome delle riferite esigenze imperative di esecuzione del contratto, per una gara che non sa se potrebbe mai vincere e per contestare l’ammissione di un concorrente di cui non conosce la possibile collocazione in graduatoria.

Di più.

Il nostro operatore non dovrà, evidentemente, fare un solo ricorso. Un piccolo o medio imprenditore partecipa tendenzialmente a più gare, confidando di riuscire ad aggiudicarsi qualche commessa pubblica per superare la crisi economica e non conosce di norma i suoi concorrenti. Le grandi imprese conoscono le rispettive potenzialità e sono, quindi, meno colpite dalla disposizione, che, a dispetto di

ogni declamata attenzione per le piccole e medie imprese, le obbliga a subire inerti gli eventuali abusi delle stazioni appaltanti. Esse parteciperanno, come già detto, a più gare e dovrebbero conseguentemente dare la caccia a tutte le ammissioni potenzialmente lesive dei loro interessi, nelle varie fasi delle diverse procedure; con oneri evidentemente insostenibili.

Molti di noi hanno pensato, al primo apparire della norma, che essa era frutto di un errore di ricostruzione del sistema processuale, imputabile a redattori inesperti, che non avevano oltretutto considerato che esso avrebbe prodotto un aumento del contenzioso, in controtendenza con l'auspicio di ridurlo che sta tristemente caratterizzando gli ultimi interventi legislativi. Ci eravamo illusi. Il disegno è, in termini ancor più deludenti, affatto coerente con quella tendenza. Il contenzioso diminuirà perché a queste condizioni i piccoli e medi imprenditori non saranno più in condizioni di attivarlo. Ma possiamo allora sostenere di essere in uno Stato di diritto? Possiamo continuare ad affermare che crediamo nelle pmi e vogliamo offrire maggiori garanzie agli operatori economici se di fatto impediamo loro di reagire contro le ammissioni illegittime di altri concorrenti?

Ma vi è ancora di più. Ammettiamo anche che qualche imprenditore, più coraggioso, tenendo molto ad acquisire una determinata commessa e confidando nella bontà della propria offerta, voglia sgombrare il campo da potenziali competitors privi dei necessari requisiti.

Quali altri ostacoli dovrà superare, oltre a quelli, generali, che si frappongono, come sopra ricordato a chiunque voglia intentare un giudizio in materia di contratti pubblici? Ai sensi del nuovo art. 120 c.p.a., l'ammissione si può contestare, a pena di decadenza, entro il termine di 30 giorni dalla sua pubblicazione sul profilo del committente ai sensi dell'art. 29 comma 1 del nuovo Codice. Quest'ultima disposizione si limita però ad affermare che la stazione appaltante deve pubblicare l'elenco degli ammessi e degli esclusi. A che serve? Come fa il potenziale ricorrente a sapere se gli altri operatori ammessi erano o meno in possesso dei relativi requisiti? Impossibile. Il contrasto con le garanzie minime imposte dalla Direttiva 2007/66/CE per una tutela effettiva è di immediata evidenza. Per proporre un ricorso efficace si deve valutare se ve ne sono i presupposti. Il nuovo comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a. non consente alcuna valutazione.

Il quadro si aggrava se si confronta l'art. 76 del nuovo Codice dei contratti con l'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006. Con norma di estrema civiltà, quest'ultimo articolo disponeva che quando la stazione appaltante comunicava l'aggiudicazione ai potenziali controinteressati (nei quali includeva anche i soggetti non ancora definitivamente esclusi) doveva indicare l'ufficio e gli orari nei quali era possibile

accedere agli atti della procedura nei successivi 10 giorni. E la giurisprudenza aveva, molto correttamente, affermato che il termine di 30 giorni per impugnare tali atti (tra i quali, *in primis*, quelli di indebita ammissione delle domande e/o delle offerte dei concorrenti precedenti in graduatoria) iniziava a decorrere dalla scadenza del periodo in cui era possibile, attraverso l'accesso, averne una effettiva "piena conoscenza", estendendosi così a 40 giorni¹⁰.

L'art. 76 (è, purtroppo, a questo punto il caso di dire, come era tristemente ovvio attendersi in questo quadro) elimina anche l'accesso *ex lege* agli atti.

Ed esso (non richiamato peraltro dal 120 comma 2-*bis*, che, come già visto, fa decorrere il termine di impugnazione dalla mera pubblicazione dell'elenco dei nomi dei concorrenti ammessi) riduce anche il contenuto della comunicazione e, ancora una volta in spregio ad ogni principio di buona amministrazione e di garanzia di effettività della tutela, precisa (al comma 5) che le stazioni appaltanti comunicano d'ufficio, immediatamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni (il concetto di immediatamente è relativo), semplicemente,

- a) l'aggiudicazione, all'aggiudicatario, al concorrente che segue in graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa e anche - e questo è opportuno - a coloro la cui candidatura o offerta, sono state escluse se l'esclusione non è ancora diventata definitiva;
- b) l'esclusione degli offerenti esclusi;
- c) la decisione di non aggiudicare un appalto o di non concludere un appalto, ai candidati;
- d) la data dell'avvenuta stipulazione del contratto ai soggetti indicati *sub a*.

La norma, come è tristemente agevole constatare, non fa alcun riferimento all'obbligo di esternare le ragioni alla base della decisione assunta motivazione.

Non solo.

Nel timore che la giurisprudenza potesse ricavarlo dagli invocati principi costituzionali e eurounitari, opportunamente tradotti nell'art. 3 della legge generale sull'azione amministrativa nell'obbligo di "*indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria*", il comma 2 precisa che "*l'offerente interessato*"

¹⁰ M.A. SANDULLI, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici*, Bussola, cit., e giurisprudenza e contributi ad essa correlati.

- a conoscere “*i motivi di rigetto della sua offerta, inclusi, per i casi di cui all’articolo 68, commi 7 e 8, i motivi della decisione di non equivalenza o della decisione secondo cui i lavori, le forniture o i servizi non sono conformi alle prestazioni o ai requisiti funzionali*”
- e/o (ma solo se la sua offerta sia stata ammessa e valutata e dunque non anche se essa sia stata esclusa con atto ancora *sub indice* (!)) “*le caratteristiche e i vantaggi dell’offerta selezionata e [persino!] il nome dell’offerente cui è stato aggiudicato l’appalto o delle parti dell’accordo quadro*” (ciò che induce a ritenere che neppure le mere indicazioni di tali nominativi rientrino tra i contenuti obbligatori della suddetta comunicazione d’ufficio!),
- nonché ad avere informazioni circa “*lo svolgimento e l’andamento delle negoziazioni e del dialogo con gli offerenti*”,

deve farne richiesta scritta (!), che la stazione appaltante dovrà esaudire “*immediatamente e comunque entro quindici giorni*” (!!).

La disposizione, aggravata dal fatto che essa non reca alcun riferimento agli atti di ammissione di altri offerenti, che pure, come si è visto, devono essere irragionevolmente impugnati entro il termine di 30 giorni dalla pubblicazione del relativo elenco, non ha bisogno di ulteriori commenti.

In sintesi, gli atti di esclusione e di ammissione saranno di fatto molto raramente contestati, perché, se, come riconosce anche la Direttiva 2007/66/CE, il diritto di difesa è soddisfatto solo se l’ordinamento consente al soggetto di lesa di valutare *cognita causa* se ne esistono i presupposti (senza costringerlo a proporre un ricorso “al buio”, che, ai già pesanti oneri del contributo unificato e delle spese legali aggiunge, se respinto, il rischio, sempre più concreto, di condanna al pagamento di ulteriori spese e, ora, quello del *rating* negativo di legalità ai fini delle successive qualificazioni) i 30 giorni diventano, per quelli di esclusione, di fatto meno di 15 e, per quelli di ammissione, una condizione assolutamente impossibile.

Inutile dire che il nuovo comma 2-*bis* dell’art. 120 precisa espressamente che “*l’omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l’illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale*”. Se c’è un termine perentorio, è chiaro che l’aggiudicatario non potrà fare ricorso incidentale sull’ammissione degli altri perché doveva contestarla subito.

Il quadro è aggravato dalla estrema e irragionevole contrazione dei tempi del processo, che, inevitabilmente, si riflette sulla sua “giustizia”¹¹. Il comma 6-*bis* del nuovo art. 120 sottopone le controversie di cui al citato comma 2-*bis* a un rito straordinariamente accelerato: in particolare, ne dispone la trattazione ordinaria in camera di consiglio e ne contrae ulteriormente i termini processuali, imponendo di celebrare la camera di consiglio – o, su richiesta delle parti (evidentemente non tutte, pena un’ulteriore violazione del principio del giusto processo), l’udienza pubblica – entro 60 giorni dalla notifica del ricorso (contro i 75 giorni del rito superaccelerato ordinario introdotto dalla riforma del 2014) e riducendo, di conseguenza, i termini per la produzione di documenti, memorie e repliche (rispettivamente indicati in 15, 10, 6 e 3 giorni “liberi” anteriori alla stessa data, evidentemente incompatibili con un’attenta e completa valutazione della documentazione e delle problematiche generalmente complesse relative alla materia in oggetto); stabilisce, in una con il divieto di cancellazione della causa dal ruolo, il divieto di rinvio della trattazione se non per esigenze istruttorie o di integrazione del contraddittorio e per produrre motivi aggiunti e ricorso incidentale (evidente l’assenza di coordinamento con le ipotesi di rinvio previste dal comma 6, che non contiene l’esplicito riferimento ai motivi aggiunti e al ricorso incidentale, ma giustifica correttamente il rinvio per il rispetto dei termini a difesa); contrae entro un massimo di 3 giorni il termine per il deposito degli adempimenti istruttori e entro 15 giorni quello per la fissazione della nuova camera di consiglio e riduce a 7 giorni dalla camera di consiglio/udienza il termine di deposito della sentenza; esclude, nello stesso spirito, per i predetti giudizi, l’operatività del termine “lungo”, già comunque ridotto a tre mesi dalla pubblicazione della sentenza, per la proposizione (*recte* notificazione) dell’appello, imposta dunque in ogni caso entro 30 giorni dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notificazione della sentenza (anche se, con le riferite tempistiche, in questi giudizi non dovrebbe residuare molto spazio per la tutela cautelare – salvo, forse, nel periodo di sospensione feriale – si segnala il difetto di coordinamento con l’art. 62, comma 1, c.p.a., che, per l’appello cautelare, prevede in ogni caso il termine lungo di 60 giorni dalla pubblicazione dell’ordinanza).

Ed è davvero gravissimo che, nel contesto sopra descritto e nella indiscussa incertezza del quadro normativo e giurisprudenziale in cui si muove l’affidamento delle commesse pubbliche, l’esito del contenzioso eventualmente avviato possa costituire un elemento negativo di valutazione ai fini della

¹¹ In argomento sia consentito il rinvio alle considerazioni svolte in M.A. *Il tempo del processo come bene della vita, Relazione al 60° Convegno di Studi di Scienze Amministrative – Varenna 2014*, in federalismi.it.

qualificazione delle imprese e delle stazioni appaltanti. I pareri di precontenzioso dell'ANAC invitano già oggi, significativamente, i destinatari a fornire informazioni sull'esito della vicenda, in termini che, se letti in combinato con la riferita valutazione, suonano in tono ingiustamente intimidatorio: considerate che, se fate ricorso e lo perdetes, l'Autorità ne terrà conto nel *rating* di legalità e, dunque, se ci tenete a partecipare ad altre gare, evitate di agire in giudizio (sic!).

E' chiaro che se questo sistema viene sottoposto al vaglio della Corte di Giustizia e/o della Corte Costituzionale, è ragionevolmente destinato a saltare.

Con buona pace della certezza del diritto e della sollecita e univoca definizione delle controversie. I contenziosi promossi saranno infatti verosimilmente sospesi in attesa delle decisioni delle supreme magistrature. Resta solo da confidare nella disapplicazione delle nuove disposizioni e nella conseguente ammissione dei ricorsi proposti entro 30 giorni dalla conoscenza dei motivi posti a base della decisione e dalla maturazione dell'effettiva lesione. Ma non oso davvero immaginare cosa potrà succedere nell'ormai prossimo futuro.

Qual è il vantaggio di tutto questo? Si dice: la ripresa dell'economia. Le esigenze dell'economia dovrebbero prevalere sul rispetto dei diritti fondamentali e sulle garanzie di buona amministrazione, in nome della potenziale crescita economica non si dovrebbero più bloccare le procedure di gara e non si dovrebbe più impedirne l'indebito affidamento. Avanti dritto, ad ogni costo. Ma una più attenta lettura del Codice, come anticipato nella prima parte di queste riflessioni, rivela che la prospettiva non è esatta. Il sacrificio dei diritti di difesa non ha affatto come contraltare la certezza dell'affidamento. Nel commentare le nuove norme, Giuseppe Severini¹², presidente della Quinta sezione del Consiglio di Stato, presso la quale sono attualmente concentrate quasi tutte le controversie sui contratti pubblici, pur esprimendo serie preoccupazioni, osserva che le nuove regole avrebbero un senso se si volesse salvare la certezza di questa fase di selezione della platea.

Abbiamo però già visto che questo risultato non è assolutamente raggiunto. Perché gli artt. 108, 176 e, soprattutto, l'art. 211 si muovono in tutt'altra direzione.

E allora, perché reprimere il diritto di difesa degli operatori economici?

Solo per ridurre il sindacato dei giudici amministrativi sulle gare pubbliche?

¹² G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici (l'art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, in *giustizia-amministrativa.it*



Ben lungi dal dare stabilità e certezza alle procedure di gara, abbiamo solo rinunciato alla giustizia e rimesso alle amministrazioni e all'ANAC il potere (se non, per quanto sopra osservato, il dovere) di rimuovere o far rimuovere, in qualunque momento, d'ufficio, ma probabilmente anche su istanza di parte, gli effetti di un'aggiudicazione *contra ius*.

Per quanto fin qui esposto, non sono affatto convinta che sia stata una buona scelta.