



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm., sul ricorso numero di registro generale 5043 del 2016, proposto da Edilgen S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Migliarotti (C.F. MGLFNC71E15F839O), con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via dei Mille 16;

***contro***

Comune di Napoli, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso in giudizio dall'Avvocatura municipale, domiciliata presso gli Uffici siti in piazza Municipio (palazzo S. Giacomo), Napoli,

***nei confronti di***

Sicurezza e Ambiente S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio,

***per l'annullamento previa sospensione***

-del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara indetta dal Comune di Napoli per l'affidamento in concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità post incidente (verbale di gara del 7 novembre 2016);

-di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale ancorché non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Napoli;

Viste le memorie difensive;

Visto il decreto presidenziale n. 1897 del 21 novembre 2016;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120 cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 dicembre 2016 il primo ref. dott.ssa

Maria Barbara Cavallo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1.La Edilgen s.p.a. ha partecipato alla procedura aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la concessione dei servizi di ripristino e bonifica stradale post-incidente e rimozione trasporto e consegna ad un centro di raccolta di veicoli abbandonati indetta dal Comune di Napoli (Servizio Autonomo Polizia Locale) con Determinazione Dirigenziale n. 101 del 31 agosto 2016.

Quale prestazione principale era richiesta, in sintesi, il ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità post incidente, e bonifica mediante pulitura ed eventuale manutenzione straordinaria della piattaforma stradale e sue pertinenze.

Quale prestazione secondaria il disciplinare di gara prevedeva la “ rimozione, trasporto, consegna ad un Centro di raccolta e successiva demolizione di veicoli a motore o non, quale ne sia il numero, rinvenuti da Organi di polizia stradale sul territorio del Comune, su aree pubbliche e proprie pertinenze e nelle aree private

di uso pubblico, ove richiesto da chi ne abbia interesse, quando, per il loro stato o per altro fondato motivo, si possa ritenere, che siano stati abbandonati secondo la previsione dell'art. 159, comma 5, del Codice della Strada, e come tali costituenti rifiuti speciali secondo l'art. 231 del D. Lgs. n. 152 del 30/04/2006, il D. Lgs. 209/2003 e il D.M. 460/1999.”

Per lo svolgimento della suddetta prestazione secondaria, la Edilgen si è avvalsa della Bourelly Car Service s.r.l., che aveva eseguito un servizio analogo con l'A.O.U. Federico II quale impresa aderente all'Acì Global S.p.A.

In ordine al requisito esperienziale della società ausiliaria, il Comune di Napoli, con nota del 27 ottobre 2016, ha ritenuto di chiedere chiarimenti alla Bourelly, ma nonostante le delucidazioni fornite da questa sul punto, ha escluso la ricorrente dalla gara in quanto la società ausiliaria non avrebbe soddisfatto il requisito di capacità tecnico organizzativa richiesto al punto 8.3 lett. a) del disciplinare di gara (mancata corrispondenza tra esperienza dichiarata e attività richiesta dal disciplinare di gara).

2. La Edilgen s.p.a. ha ritualmente notificato un ricorso avverso il provvedimento sopra indicato, prospettando due specifiche censure, e precisamente:

I) Violazione e falsa applicazione dell'art.86 co. 4 e 5 e dell'Allegato VII parte 2) lett.a) punto II) del D.Lgs. 50/2016, in quanto l'attività dichiarata dalla società ausiliaria Bourelly Car Service deve essere ritenuta perfettamente analoga a quella prevista in gara, consistendo nella effettuazione dei medesimi servizi di cui al disciplinare (rimozione veicoli e trasporto in centro di raccolta specializzato), e non rilevando la prestazione accessoria della demolizione del veicolo rimosso posto che la stessa deve essere ritenuta di competenza del centro cui il veicolo viene conferito.

II) In via subordinata, violazione dell'art.89 comma 3 del D.Lgs. 50/2016, in quanto in base alla nuova formulazione della suddetta disposizione, l'impresa ausiliaria, se non ritenuta idonea, avrebbe dovuto essere sostituita.

2.1. La ricorrente ha anche fatto richiesta di misure cautelari monocratiche ante causam, che sono state concesse con decreto presidenziale del 21 novembre 2016 “ in ragione della imminente prosecuzione delle operazioni di gara, come risulta dalla comunicazione spedita dal Comune di Napoli al ricorrente via PEC il 18.11.2016, che preannuncia il prosieguo delle operazioni di gara per il 22.11.2016” e considerato che “ai fini della necessaria contestualità e segretezza della disamina delle offerte appare idoneo disporre il divieto per l'amministrazione di procedere alla apertura delle buste contenenti le offerte economiche, sino alla data della cc del 7.12.2016, che viene fissata per la trattazione collegiale della domanda cautelare”.

3. Il Comune di Napoli si è costituito sottolineando, su un piano processuale, che l'emissione del decreto monocratico da parte del Presidente di questa Sezione e la fissazione di una camera di consiglio al 7 dicembre 2016 non sarebbero conformi alla nuova disciplina di cui ai commi 2 bis e 6 bis dell'art. 120 c.p.a., così come modificato dall'art. 204, co. 1, lett. d) ed f), d.lgs n. 50 del 2016 (nuovo Codice dei contratti pubblici).

Tuttavia, pur chiedendo espressamente al collegio una valutazione delle questioni esposte in rito “anche al fine di un reale confronto nella materia così di recente novellata”, nell'ottica di una leale e piena cooperazione e in considerazione dell'oggetto del ricorso non ha eccepito formalmente la violazione dei termini, né ha avanzato richiesta di rinvio della trattazione della causa.

3.1. Nel merito, la difesa del Comune ha proceduto alla confutazione di entrambe le censure avversarie, ritenendo non conforme al disciplinare di gara il requisito esperienziale documentato dall'impresa ausiliaria, e ritenendo altresì che la sostituzione di cui al nuovo comma 3 dell'art. 89 d.lgs. 50/2016 non sia possibile

in qualunque momento della procedura di gara ed in particolare sia preclusa, per ragioni di par condicio e di cristallizzazione dell'offerta, quando l'impresa ausiliaria risulti fin dall'origine priva dei requisiti di qualificazione o dei requisiti generali.

4. Alla camera di consiglio del 7 dicembre 2016, discussa la causa, preso atto della rinuncia della difesa del Comune ad eccepire questioni relative ai termini di fissazione dell'udienza pur avendo interesse a una presa di posizione del Collegio sul punto, si è dato avviso alle parti della possibile decisione con sentenza in forma semplificata e si è trattenuta la causa in decisione.

5. Il giudizio viene deciso in forma semplificata ai sensi dell'art. 120 co. 6 c.p.a., anche in considerazione della circostanza che la tutela cautelare è stata già concessa con il decreto del 21 novembre 2016 e si impone, per ragioni di celerità, la definizione del giudizio.

Tuttavia, proprio questa modalità di decisione assume un rilievo particolare, nel caso concreto, in ragione di quanto fatto rilevare dalla difesa di parte resistente, che ha sostanzialmente prospettato, nella memoria difensiva, una non corretta applicazione del nuovo rito appalti (cd. superaccelerato) in materia di impugnazione delle esclusioni e delle ammissioni, così come introdotto dall'art. 204 co.1 d.lgs. 50/2016, stante la concessa tutela cautelare d'urgenza e la conseguente fissazione della camera di consiglio "tradizionale" in luogo di quella introdotta con il comma 6 bis dell'art. 120 c.p.a.

5.1. Il collegio ha interesse a chiarire la correttezza del procedimento seguito e fornire, sia pure sinteticamente, così come pure auspicato dalle parti, una prima interpretazione della nuova normativa processuale sotto il profilo, attinente al presente giudizio, dei rapporti tra rito superaccelerato e tutela cautelare.

Va comunque ribadito che la parte resistente ha rinunciato all'eccezione relativa alla non corretta applicazione del nuovo rito, sicchè la decisione del collegio segue pacificamente l'iter ordinario di cui alla prima parte dell'art. 120 co. 6 c.p.a.

6. L'art. 204 co. 1 del d.lgs. 50 del 2016 ha modificato l'art. 120 c.p.a., che a sua volta disciplina il rito speciale per i ricorsi giurisdizionali avverso gli atti delle procedure di affidamento relativi a pubblici lavori, servizi o forniture (cd. rito appalti).

La norma codicistica, che disegna un rito speciale in materia di procedure ad evidenza pubblica, è frutto di successive stratificazioni normative, poi trasfuse nel d.lgs. 104 del 2010 (codice del processo amministrativo).

Un primo rito sui generis e accelerato, per gli appalti di soli lavori, era già previsto dall'art. 19 del d.l. 67 del 1997, successivamente generalizzato per particolari materie tra cui gli appalti (anche di servizi e forniture) dall'art. 23 bis della l. 1034 del 1971 (legge T.a.r.), a sua volta confluito nell'art. 245 del previgente Codice dei contratti (d.lgs. 163 del 2006), che è stato a sua volta modificato dal d.lgs. 53 del 2010, di recepimento della cd. direttiva ricorsi (2007/66/CE).

Nel passaggio al Codice del Processo Amministrativo (art. 120), il rito appalti ha mantenuto le sue peculiarità, caratterizzandosi per alcune differenze rispetto al cd. rito abbreviato comune a determinate materie di cui al precedente art. 119, consistenti essenzialmente nella rapidità di svolgimento del giudizio.

Tale caratteristica è stata ulteriormente esaltata dall'introduzione, nel 2014, di regole atte a garantire la certezza circa i tempi di definizione della controversia, posto che l'art. 40, comma 1, lettera a), legge n. 114 del 2014 ha sostituito il comma 6 dell'art. 120 (che, nella sua versione originaria, stabiliva la fissazione d'ufficio dell'udienza di merito per la decisione del ricorso "con assoluta priorità") imponendo la trattazione e decisione del ricorso a una udienza pubblica "da tenersi entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente".

6.1. Sotto il profilo della tutela cautelare, invece, non si rilevano differenze sostanziali tra i giudizi di cui agli artt. 119-120 c.p.a. e quelli ordinari, fatta salva la

diversa velocità di decisione dei giudizi, già disposta con il 119 e ribadita, con tempistiche diverse, dall'art. 120, nonché la circostanza che in base al comma 4 dell'art. 119 le misure cautelari vengono disposte “in caso di estrema gravità ed urgenza”.

Infatti, fatta eccezione per la tutela ante causam (in origine applicabile ai soli giudizi in materia di appalti) e per una breve fase anteriore all'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, dal 27 aprile al 15 settembre 2010 (vigente l'art. 245, co. 2-duodecies, d.lgs. 163 del 2006), che aveva introdotto anche per la fase cautelare un rito tanto accelerato quanto problematico, con il Codice del processo si arriva ad una armonizzazione quasi assoluta, in quanto:

- il comma 4 dell'art. 119 stabilisce espressamente che “al procedimento cautelare si applicano le disposizioni del Titolo II del Libro II, in quanto non derogate dal presente articolo” e che “con l'ordinanza di cui al comma 3, in caso di estrema gravità ed urgenza, il tribunale amministrativo regionale o il Consiglio di Stato possono disporre le opportune misure cautelari”;
- il comma 3 dell'art. 120 rinvia all'art. 119 e quindi al comma 3 della citata disposizione, per cui, salva l'immediata definibilità con sentenza in forma semplificata, la tutela cautelare può essere concessa se sussistono, a un primo sommario esame, profili di fondatezza del ricorso e di un pregiudizio grave e di estrema gravità;
- il comma 6 dell'art. 120, nell'imporre, come sopra illustrato, la fissazione dell'udienza pubblica entro 45 giorni, ribadisce la definibilità “immediata” del giudizio nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti;
- il comma 8 e il comma 8 bis dell'art. 120 consentono al giudice, rispettivamente, di decidere interinalmente sulla domanda cautelare, anche in caso di istruttoria, incidenti processuali o rinvio per termini a difesa e di subordinare eventualmente la misura cautelare alla concessione di una cauzione, quest'ultima anche qualora dalla

decisione non derivino effetti irreversibili e comunque sempre in funzione di garantire, per un limitato periodo di tempo, gli effetti della cautela.

In sostanza, anche nella materia appalti, la normativa processuale vigente prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 50 del 2016 consentiva l'applicazione, sia pure con le peculiarità sopra illustrate, del sistema di tutela cautelare tradizionale (ante causam, monocratica d'urgenza e collegiale) previsto dal Codice del processo.

7. Con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei Contratti, il suddetto sistema patisce alcune deroghe, perché sono stati di fatto introdotti due sottosistemi processuali avverso le diverse fasi della procedura di evidenza pubblica, aventi un chiaro impatto sull'utilità della tutela cautelare.

7.1. Il primo, relativo ai casi di impugnazione dell'aggiudicazione, non è frutto di una modifica dell'art. 120 c.p.a. ma è desumibile dal confronto con l'art. 32 del d.lgs. 50/2016, relativo alle fasi di affidamento, in forza del quale si crea un effetto sospensivo automatico per effetto della definitività dell'aggiudicazione che impedisce la stipulazione del contratto prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione (art. 32, co. 9).

È noto che il meccanismo di standstill era già presente dal 2010 per effetto della sua introduzione, nel nostro sistema, da parte del d.lgs. 53/2010, e che con il nuovo Codice dei contratti esso subisce una contrazione (essendo escluso per quasi tutti i contratti sotto soglia).

Si ritiene tuttavia opportuno ribadire l'effetto in termini di impatto sul regime della tutela cautelare, posto che, come detto, nel caso venga impugnata l'aggiudicazione, la tutela cautelare ante causam e quella con decreto presidenziale perdono, in linea di massima, di utilità, perché il ricorrente non ha interesse alla pronuncia cautelare immediata.

7.1.1. Tuttavia, gli istituti in questione riacquistano interesse:



- nei casi di mancata applicazione del suddetto termine dilatorio nei casi previsti dalla legge (art. 32, co. 10, lett. a) e b) del d.lgs. 50/2016);
- nei casi in cui, anche qualora venga impugnata l'aggiudicazione, il ricorrente voglia utilizzare una tutela d'urgenza in quanto si siano verificate circostanze eccezionali di mancato rispetto del termine dilatorio. Tali casi sono stati enucleati nei primi commenti alla nuova disciplina e consistono essenzialmente: i) nell'avvio dell'esecuzione d'urgenza dell'appalto, da parte della stazione appaltante, pur in assenza di un contratto formalmente stipulato (art. 32, commi 13 e 8 d.lgs. 50/2016); ii) nella violazione dell'effetto sospensivo automatico da parte della stazione appaltante;
- qualora dette forme di tutela vengano richieste direttamente dalla stazione appaltante resistente o dai controinteressati, per ottenere il prima possibile una pronuncia cautelare ad essi favorevole, che renda possibile la stipulazione del contratto.

7.1.2. E' altresì evidente che la tutela cautelare d'urgenza (ante causam e/o monocratica) è certamente utilizzabile quando il ricorrente impugni atti diversi dall'aggiudicazione e quindi non si produca alcun effetto sospensivo automatico (il riferimento è alla impugnazione di bandi, sanzioni, iscrizioni nel casellario informatico, ecc.).

7.1.3. La tutela cautelare collegiale tradizionale, invece, non è in discussione, posto che l'art. 11 dell'art. 32 del d.lgs. 50/2016 stabilisce testualmente che "se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti

se successiva. L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 15, comma 4, del codice del processo amministrativo di cui all'Allegato I al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.”

Alla tutela cautelare si applica la disciplina ordinaria di cui all'art. 55, c.p.a., ma con termini dimezzati, ai sensi dell'art. 119, c. 2, c.p.a.

Si applicano altresì: il comma 8 bis dell'art. 120 c.p.a. (introdotto, come detto, dalla l. 114/2014); l'art. 9, c. 1 e c. 2-sexies, del d.l. 12.9.2014 n. 133 (nel testo risultante dalla l. di conversione 11.11.2014 n. 164), che ha imposto limiti alla tutela cautelare nella materia degli appalti pubblici quando vi è pericolo per l'incolumità pubblica; infine, il comma 8 ter dell'art. 120 c.p.a., introdotto dall'art. 204, comma 1, lettera f), del d.lgs. n. 50 del 2016, in forza del quale “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”, così introducendo un nuovo onere motivazionale dei provvedimenti cautelari specifico per la materia degli appalti, che, come si vedrà infra, crea non pochi problemi.

7.2. Il secondo sottosistema processuale, che è poi quello che interessa il presente giudizio ed in relazione al quale va chiarita la portata applicativa della tutela cautelare nelle sue varie forme (ante causam, monocratica e collegiale) è quello scaturente dall'introduzione di un rito cd. superaccelerato ad opera dell'art. 204 co. 1 lett. b) e d) del d.lgs. 50/2016, in materia di impugnazione delle esclusioni e delle ammissioni.

Il nuovo comma 6 bis dell'art. 120 c.p.a., infatti, stabilisce che “nei casi previsti al comma 2-bis, il giudizio è definito in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Su richiesta delle parti il ricorso è definito, negli stessi termini, in udienza pubblica”.

Esso introduce una scansione precisa del procedimento giurisdizionale in quanto:

- i) il decreto di fissazione dell'udienza è comunicato alle parti quindici giorni prima dell'udienza;
- ii) le parti possono produrre documenti fino a dieci giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a sei giorni liberi e presentare repliche ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista della camera di consiglio, fino a tre giorni liberi prima;
- iii) la camera di consiglio o l'udienza possono essere rinviate solo in caso di esigenze istruttorie, per integrare il contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale;
- iv) l'ordinanza istruttoria fissa per il deposito di documenti un termine non superiore a tre giorni decorrenti dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della stessa;
- v) la nuova camera di consiglio deve essere fissata non oltre quindici giorni. Inoltre, non può essere disposta la cancellazione della causa dal ruolo e l'appello deve essere proposto entro trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della sentenza e non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla sua pubblicazione.

I casi di cui al comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a. sono quelli relativi alle “esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali”.

Per tali provvedimenti, il Codice del processo prevede ora l'impugnativa nel termine di trenta giorni, decorrente dalla loro pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante (vedi art. 29 co. 1 d.lgs. 50/2016).

L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. È

altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività.

7.2.1. L'introduzione di questo specifico rito è dovuta al criterio della legge delega (legge 11/2016, di recepimento della Direttiva 2014/24/UE) di cui al punto bbb), che ha imposto la “revisione e razionalizzazione del rito abbreviato (...) 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”.

Gli obiettivi sono sicuramente duplici: da un lato, limitare l'uso strumentale del ricorso incidentale escludente da parte dei controinteressati, e il proliferare di censure incrociate sulla fase iniziale del procedimento selettivo (in particolare sull'ammissione alla gara) anche una volta che questo sia giunto a conclusione, con l'effetto di deflazionare e semplificare i giudizi avverso l'aggiudicazione; dall'altro, definire la platea dei concorrenti ammessi alla gara prima delle operazioni di valutazione delle offerte, impedendo un ricorso principale che contesti l'ammissione dell'aggiudicatario.

La peculiarità del nuovo rito risiede, oltre che nel circoscritto ambito di applicazione - volto a cristallizzare la definitività di una peculiare sub fase delle gare d'appalto creando una struttura bifasica della tutela in subiecta materia- nell'utilizzo dello strumento processuale come veicolo per creare una correlazione del tutto inusuale tra interesse ad agire in giudizio e pretesa sostanziale, sicchè, come rilevato anche dai primi commenti alla disciplina in questione, il legislatore

avrebbe introdotto una sorta di presunzione legale di lesione, non direttamente correlata alla lesione effettiva e concreta di un bene della vita secondo la dimensione sostanzialistica dell'interesse legittimo ormai invalsa nel nostro ordinamento.

Non può tralasciarsi, sul punto, che il legislatore abbia effettivamente tenuto conto del rilievo del diverso peso che l'interesse "strumentale" ha man mano assunto nell'ambito del processo in materia di appalti (ne sono la dimostrazione le sentenze della Corte di Giustizia 4 luglio 2013 - C 100/12, meglio nota come sentenza "Fastweb", e la recentissima 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica), e abbia quindi pensato, in funzione di questo, una disciplina di carattere sostanziale mirata a identificare una sorta di "provvedimento conclusivo della fase di ammissione", che giustifica l'obbligo di immediata impugnazione proprio in ragione dell'interesse strumentale al corretto svolgimento della gara.

È tuttavia possibile che nel fare questo abbia scelto uno strumento non del tutto efficace, avendo concentrato tutto sulla fase processuale invece di preoccuparsi di definire meglio gli istituti di diritto sostanziale all'interno del Codice dei Contratti, con risultati che, come si vedrà infra, sono oggettivamente criticabili.

In concreto, infatti, quanto sopra detto si esplica nell'applicazione generalizzata del procedimento in camera di consiglio (cd. rito camerale), salvo richiesta delle parti, nonchè nella previsione di termini stringatissimi sia per la fissazione della camera di consiglio (anche quando questa sia frutto di nuova fissazione a seguito di ordinanza istruttoria, concessione di termini a difesa o integrazione del contraddittorio), sia per le difese e produzioni delle parti, sia per il deposito della sentenza e del dispositivo.

Soprattutto, per ciò che interessa in questa sede, il giudizio è concepito come ordinariamente immediato stante la previsione della sua immediata definizione "in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine

per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente”, senza che ciò possa essere mutato dalla richiesta di udienza pubblica formulata da una delle parti e potendo essere ammesso il differimento (e quindi la trasformazione in un rito “abbreviato”) solo nei casi ivi previsti (istruttoria, termini a difesa, etc).

7.2.2. Non appare questa la sede idonea per approfondire le numerose tematiche collegate all'introduzione di questo rito specialissimo, la cui principale novità, al di là della estrema rapidità dello svolgimento della fase contenziosa, risiede nell'onere di impugnazione dei provvedimenti di ammissione alla gara delle offerte altrui, posto che per quelli di esclusione tale onere era già riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa, in ragione della lesività di tali provvedimenti e del conseguente onere di gravame a pena di improcedibilità delle impugnative degli atti successivi.

Infatti, salvo quanto si dirà infra in ordine alla applicabilità del nuovo rito alla questione oggetto del presente giudizio (in particolare, in relazione alla ritualità dell'operato della stazione appaltante in ordine alla pubblicazione, ai sensi dell'art. 29 d.lgs. 50/2016, del provvedimento di esclusione impugnato dalla odierna ricorrente), la questione sottoposta all'attenzione del Collegio riguarda esclusivamente il rapporto tra nuovo rito superaccelerato e tutela cautelare, nella specie, monocratica, ex art. 56 c.p.a.

La concessione di quest'ultima, infatti, comporta obbligatoriamente (art. 56, co. 4 c.p.a.) la fissazione della camera di consiglio di cui all'articolo 55, co. 5 c.p.a. e, quindi, il prosieguo del giudizio secondo le forme “tradizionali” del giudizio cautelare ordinario (sia pure, per gli appalti, con tutte le peculiarità sopra illustrate collegate al sistema degli artt. 119 e 120 c.p.a.), che risultano materialmente incompatibili col nuovo rito immediato superaccelerato.

La questione è dunque quella di stabilire, in base a una interpretazione sistematica del Codice del processo amministrativo e del nuovo Codice dei Contratti, e anche

in relazione alla normativa e giurisprudenza comunitaria sulla tutela cautelare, se sia ammissibile una lettura dei commi 2 bis e 6 bis dell'art. 120 c.p.a. che escludano o rendano massimamente inutile la concessione di misure cautelari, con particolare riferimento a quelle monocratiche d'urgenza.

Questo lascia intendere il parere reso dal Consiglio di Stato sullo schema di Decreto legislativo recante il nuovo codice dei contratti (parere 1° aprile 2016 n. 855), secondo cui la tutela cautelare, nel rito accelerato del 2 bis-6 bis, “diventa, di fatto e nella ordinarietà dei casi, superflua, attesi i tempi strettissimi in cui si perviene alla decisione di merito, di cui può anche essere anticipata la pubblicazione del dispositivo. Sicché la funzione anticipatoria che è propria e tipica della tutela cautelare non troverà ordinariamente possibilità di pratica esplicazione.”

7.2.3. Il Collegio, su sollecitazione delle parti del giudizio, intende offrire una interpretazione del sistema di tutela cautelare che tenga conto del nuovo dettato legislativo in relazione ai principi consolidati sulla effettività e utilità di un sistema di misure cautelari ad ampio spettro, che sono frutto della giurisprudenza amministrativa poi trasposta nella disciplina che il legislatore nazionale, a partire dalla legge 205 del 2000, ha fatto propria, pervenendo al superamento della identificazione della misura cautelare, nel processo amministrativo, come limitata alla sola sospensiva adottata dal collegio.

I passaggi sono noti, posto che dal 2000 in poi è stata generalizzata la misura monocratica d'urgenza, sia pure post causam (attuale art. 56 c.p.a.), per poi pervenire alla disciplina di una tutela monocratica ante causam, in casi di eccezionale gravità e urgenza, che dalla materia degli appalti (dove era stata introdotta dal d.lgs. 163/2006, art. 245) è stata esportata nel Codice del processo amministrativo all'art. 61 e generalizzata per tutte le materie oggetto di giurisdizione amministrativa.

Inoltre, nessuna delle misure suindicate è limitata alla possibile mera sospensione del provvedimento impugnato, essendo possibile, come è noto, la concessione di misure cautelari ad ampio spettro e a contenuto variabile e atipico, come conseguenza dei profondi cambiamenti subiti dalla giurisdizione amministrativa nel corso degli ultimi venti anni, il cui oggetto si è man mano esteso non solo alla cura degli interessi legittimi pretensivi ma anche, nelle materie di giurisdizione esclusiva, dei diritti soggettivi.

Le ragioni dell'evoluzione del sistema processuale sono dunque intimamente legate a quelle dei cambiamenti subiti dal sistema di diritto amministrativo nazionale sotto un profilo sostanziale, ma anche all'interpretazione costituzionalmente orientata della essenzialità della tutela cautelare ai fini della effettività della tutela giurisdizionale.

In quest'ottica si spiegano le numerose sentenze della Corte Costituzionale che sin dagli anni '70 del secolo scorso hanno inteso sottolineare la strettissima correlazione tra fase cautelare e fase di merito, ai fini del pieno conseguimento del bene della vita (C.Cost. 27 dicembre 1974 n. 284; id., 1 febbraio 1982 n. 8; id., 28 giugno 1985 n. 190), sino ad arrivare all'enunciazione del principio che la disponibilità delle misure cautelari è strumentale all'effettività della tutela giurisdizionale e costituisce diretta espressione dell'art. 24 della Costituzione (C. Cost. 16 luglio 1996 n. 249).

A queste si affiancano le altrettanto numerose e assai note pronunce della Corte di Giustizia comunitaria, che hanno ribadito l'obbligo degli Stati membri di adottare sistemi processuali e discipline interne idonee a garantire la completa e adeguata protezione delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto comunitario, coì imponendosi una sorta di standard europeo di tutela giudiziaria.

La garanzia di una tutela cautelare effettiva è uno dei cardini di questo sistema, sin dalla decisione 19 giugno 1990, C-213/89 (caso Factortame), che ha sancito il



dovere dei giudici nazionali di disapplicare la normativa interna che ostasse alla concessione dei quei provvedimenti cautelari necessari per assicurare la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale avente ad oggetto l'esistenza di posizioni giuridiche invocate in forza del diritto comunitario.

Con le successive pronunce, rese nei casi *Zuckerfabrik* (21 febbraio 1991, C-143/88 e 92/89) e *Atlanta* (9 novembre 1995 C-465/93), la Corte di Giustizia ha ulteriormente stabilito il potere del giudice nazionale di sospendere non solo l'applicazione di una normativa interna, di origine comunitaria, fino a quando non sia intervenuta la pronuncia pregiudiziale del giudice comunitario, ma di poter arrestare l'esecuzione di un provvedimento amministrativo nazionale adottato alla stregua di un regolamento di cui si contesti la validità, ribadendo che il pieno riconoscimento del principio di effettività della tutela giurisdizionale comporta che la protezione cautelare che i giudici nazionali devono assicurare ai diritti d'origine comunitaria non possa variare "a seconda che i singoli chiedano la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento amministrativo nazionale o la concessione di provvedimenti provvisori positivi", così aprendo la strada, ampiamente perseguita dal legislatore nazionale con la legge 205 del 2000, alla introduzione di una tutela cautelare del tutto analoga a quella prevista dal codice di procedura civile per le controversie tra privati (art. 700 c.p.c.).

Nello specifico settore degli appalti, tali conclusioni sono una conseguenza del disposto delle Direttive del Consiglio 21 dicembre 1989 n. 665 e 25 febbraio 1992 n. 13, che all'art. 2, par. 1, sanciscono l'obbligo, per gli Stati membri, di garantire che " i provvedimenti presi ai fini dei ricorsi di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che permettano di prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza, provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a

sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici”.

Le Direttive stabiliscono inoltre (art. 2, par. 3) che “ le procedure di ricorso non devono necessariamente esercitare, di per sé stesse, effetti sospensivi automatici sulle procedure di aggiudicazione cui si riferiscono” e che “ gli Stati membri possono prevedere che l'organo responsabile, quando esamina l'opportunità di prendere provvedimenti provvisori, possa tener conto delle probabili conseguenze dei provvedimenti stessi per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché dell'interesse pubblico e decidere di non accordare tali provvedimenti qualora le conseguenze negative possano superare quelle positive. La decisione di non accordare provvedimenti provvisori non reca pregiudizio agli altri diritti rivendicati dalla persona che chiede tali provvedimenti.”

7.2.4. La prima domanda che dunque ci si pone è come sia armonizzabile la disciplina sopra esposta con il rito superaccelerato previsto dal nuovo art. 120 c.p.a commi 2-bis e 6-bis.

La risposta è che, evidentemente, anche con l'introduzione di tale speciale disciplina, al giudice amministrativo non possa essere preclusa la possibilità di accordare la tutela cautelare nelle sue varie forme, e quindi anche in via monocratica.

Tale conclusione è strettamente collegata all'esigenza insopprimibile dell'effettività della tutela giurisdizionale, così come ribadito dalle supreme Corti nazionali e comunitarie, e quindi di tenere conto, come stabilito dalla Direttiva 89/665, delle probabili conseguenze dei provvedimenti stessi per tutti gli interessi che possono essere lesi.

In sostanza, il citato criterio di cui alla legge delega, strettamente collegato ad esigenze deflattive del contenzioso ma non previsto dalla Direttiva 2014/24/UE (recepita proprio attraverso la legge 11/2016 e il successivo d.lgs. 50/2016), non

può arrivare al punto di imporre alle parti l'obbligatorietà di un regime processuale nel quale sia escluso a priori il ricorso alle misure cautelari, soprattutto monocratiche, al ricorrere dei presupposti di legge, posto che il sistema di cui agli artt. 55, 56 e 61 c.p.a. non è stato escluso dall'art. 120 co. 2-bis c.p.a. e quindi resta perfettamente in vigore.

D'altra parte, lo stesso parere del Consiglio di Stato, pur ipotizzando, per le ipotesi di cui al nuovo rito accelerato, una limitazione dei casi di ricorso alla tutela cautelare "attesi i tempi strettissimi in cui si perviene alla decisione di merito", ha suggerito di non escludere la tutela cautelare, come era previsto invece nell'originario schema del codice appalti e l'ha di fatto considerata a contrario, per casi diversi da quelli ordinari.

Ha inoltre quasi imposto la modifica (poi apportata) al comma 8 dell'art. 120 c.p.a., che nella versione originaria prevista dall'art. 204 dello schema di decreto legislativo prevedeva che il giudice "decide interinalmente sulla domanda cautelare, anche se ordina adempimenti istruttori, se concede termini a difesa, o se solleva o vengono proposti incidenti processuali, salvo quanto previsto al comma 6 bis", affermando che l'inciso sollevava ampi dubbi sulla sua legittimità costituzionale e comunitaria se interpretato come rispondente alla ratio della ordinaria non necessità

della tutela cautelare nel rito superspeciale, e questo in ragione della indefettibilità della tutela cautelare medesima, la quale non può essere preclusa ex ante, in via generale, anche ove, di fatto, ed ordinariamente, ex post, non sia necessaria.

Astrattamente parlando, il nuovo rito superaccelerato, così come costruito, sembra porsi in contrasto con le garanzie costituzionali di azione in giudizio e tutela contro gli atti della pubblica amministrazione ex art. 24 e 113 Cost. e questo a causa dell'onere di immediata impugnativa dei provvedimenti di aggiudicazione e esclusione indicati a fronte dell'assenza di un interesse concreto e attuale al ricorso.

Sicchè, nonostante alcuni tra i primi interpreti abbiano ricostruito questa presunzione assoluta di lesività dei provvedimenti come una sorta di interesse alla legittima formazione della platea dei concorrenti ammessi alle successive fasi della procedura, sul modello processuale del contenzioso elettorale di cui all'art. 129 c.p.a. (nel quale, tuttavia, sono impugnabili i provvedimenti immediatamente lesivi del di diritto a partecipare al procedimento elettorale preparatorio), ciò non toglie che un sistema così congegnato potrebbe astrattamente far scivolare il contenzioso in materia di appalti verso un modello di giudizio di diritto oggettivo contrario agli artt. 24 e 113 Cost. ed escluso dalla giurisprudenza (cfr. Ad. Plenaria n. 4 del 13 aprile 2015, per la quale il processo amministrativo si basa pur sempre sul principio dispositivo in relazione all'ambito della domanda di parte e la giurisdizione amministrativa di legittimità è pur sempre di una giurisdizione di tipo soggettivo, sia pure con aperture parziali alla giurisdizione di tipo oggettivo in precisi, limitati ambiti tra le quali la valutazione sostitutiva dell'interesse pubblico, da parte del giudice, in sede di giudizio cautelare).

Deve tuttavia non trascurarsi il peso che nel processo amministrativo potrebbe assumere l'interesse strumentale, di cui alle citate sentenze Fastweb e Puligienica.

Solo la futura evoluzione giurisprudenziale potrà, pertanto, confermare o smentire la scelta del legislatore del 2016.

7.2.5. Ulteriori criticità sulla concreta utilità della nuova disciplina in materia di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione e di esclusione dalle procedure di affidamento sorgono se si ha riguardo all'ambito oggettivo di applicazione della disciplina medesima.

Già la circostanza che il legislatore abbia accomunato provvedimenti di esclusione e provvedimenti di ammissione è sintomatica di scarsa consapevolezza delle profonde differenze circa gli effetti lesivi delle due categorie di atti, posto che le esclusioni sono state sempre considerate provvedimenti immediatamente lesivi

(come tali suscettibili di impugnazione immediata) mentre le ammissioni degli altri concorrenti non lo sono quasi mai, stante la mancanza di elementi valutativi in tal senso e l'evidente assenza di una graduatoria definitiva.

In pratica, la disciplina sostanziale, anche per effetto dei vincoli del diritto europeo, non favorisce la netta distinzione tra la fase definitiva di cristallizzazione dei concorrenti ammessi e lo stadio successivo di valutazione.

È quindi evidente che il desiderio del legislatore del nuovo Codice di costruire un sistema processuale strettamente bifasico, si scontra, senza possibilità di conciliazione alcuna, con la presenza di tali e tante criticità di tipo sostanziale da far dubitare in partenza che l'accelerazione imposta dall'art. 204 d.lgs. 50/2016 sia effettivamente realizzabile, se non in pochissimi casi relativi ad un numero assai limitato di operatori economici partecipanti alla procedura, e qualora vi sia una sensibile distanza temporale tra la verifica dei requisiti di partecipazione e la fase valutativa delle offerte.

A titolo di esempio, possono illustrarsene alcune di immediata percezione.

i) in primo luogo, l'art. 57 della direttiva 2014/24/UE stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura qualora risulti che l'operatore economico si trovi, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 2 (in sintesi, condanne penali per reati espressamente tipizzati, e violazioni di obblighi fiscali).

Il d.lgs. 50 del 2016 ha recepito quest'obbligo all'articolo 80, co. 6.

Da questo si deduce che la fase di ammissione non si conclude necessariamente mediante l'adempimento agli obblighi di pubblicazione di cui all'art. 29, co. 1, secondo periodo, che espressamente stabilisce che "al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di

adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali”, e 76 co. 3, in base al quale, contestualmente alla pubblicazione prevista dal comma 1 dell’art. 29,” è dato avviso ai concorrenti, mediante PEC o strumento analogo negli altri Stati membri, del 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, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. “

ii) In secondo luogo, tale rito è circoscritto esclusivamente ai provvedimenti di esclusione e ammissione emessi “all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali”.

Ne discende che esso non sembra potersi applicare ai medesimi provvedimenti quando questi siano fondati su presupposti diversi da quelli di carattere soggettivo, il che è oggettivamente possibile, come chiarito dalla nota decisione dell’Adunanza Plenaria n. 9 del 25 febbraio 2014, che ha individuato le cause di esclusione, sotto un profilo funzionale, e sia pure nella vigenza del precedente Codice dei contratti, sulla scorta di due diversi criteri: a) quello della violazione di prescrizioni imposte dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione o da altre leggi; b) quelle enunciate nell’allora vigente art. 46 comma 1-bis (che però aveva recepito prassi ed elaborazioni giurisprudenziali consolidate) e consistenti nella incertezza assoluta sul contenuto o provenienza dell’offerta; nella non integrità dei plichi; in altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi tali da dimostrare in concreto la violazione del principio di segretezza delle offerte.

Se dunque nelle ipotesi di cui al punto a) ben possono farsi rientrare quelle relative all’assenza dei requisiti di cui all’art. 83 d.lgs. 50/2016, che sono quelli menzionati nel nuovo comma 2 bis dell’art. 120 c.p.a. (requisiti di idoneità professionale;

requisiti di capacità economica e finanziaria; requisiti relativi alle capacità tecniche e professionali), non può mettersi in discussione che un'esclusione possa essere disposta sulla base di valutazioni estranee a quelle attinenti i presupposti soggettivi, e riguardanti le ipotesi che l'Ad.Pl. 9/2014 ha indicato al punto b) sopra citato.

Inoltre, lo stesso d.lgs. 50 del 2016 contempla all'art. 80 casi di esclusione per ragioni diverse dall'assenza dei presupposti soggettivi, e consistenti nella presenza di condanne penali nei casi ivi indicati al comma 1, oppure in caso di presenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previsti nei casi di cui al comma 2 (normativa antimafia).

La disomogeneità del contenzioso de quo si estende anche alle ipotesi di impugnazione delle ammissioni, in quanto la contestazione di queste ultime involge solo parzialmente i requisiti di partecipazione sopra indicati, potendo avere riguardo ad ulteriori profili che l'art. 204 d.lgs. 50/2016 non ha assolutamente contemplato (a titolo esemplificativo, si pensi alla contestazione della intempestività della domanda di partecipazione alla gara; alla carenza di elementi essenziali dell'offerta) o con finalità diverse dalla contestazione dell'ammissione pure e semplice (per esempio, contestazione dell'ammissione altrui al fine di rideterminazione delle medie, oppure dell'ammissione del solo vincitore per ottenere lo scorrimento, come pure dell'ammissione di tutti gli altri concorrenti per ottenere la ripetizione della procedura).

A nulla servirebbe ipotizzare una possibile applicazione analogica del rito speciale per casi non espressamente contemplati dalla disposizione in questione, in quanto l'eccezionalità della stessa non la consente (cfr. Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, n. 10 del 2011, sulla eccezionalità del rito abbreviato ex art. 23 bis l. 1034/1971).

iii) In terzo luogo, si pone il problema del contemperamento tra rito accelerato ex art. 6 bis, e rito ordinario, in caso di impugnazione, uno actu, di provvedimenti

assoggettati a riti differenti come, ad esempio, l'aggiudicazione definitiva e la precedente ammissione.

Il caso è stato oggetto di pronuncia del Tar Bari n. 1367/2016, pubblicata in data odierna e quindi esaminata dal collegio ai fini della presente decisione, la quale ha concluso per l'ammissibilità di un'impugnativa congiunta dei provvedimenti di ammissione e di aggiudicazione definitiva (ove la successione temporale degli atti della procedura lo consenta), in applicazione dell'art. 32, comma 1 c.p.a., sul cumulo, nello stesso giudizio, di domande connesse proposte in via principale o incidentale, potendosi altresì consentire la proposizione di motivi aggiunti ex art. 43 c.p.a. posto che la modifica da ultimo disposta al comma 7 dell'art. 120, c.p.a. dall'art. 204 del D.lgs. 50/2016 va interpretata nel senso di riconoscere alla parte ricorrente la facoltà (e non l'obbligo) di proporre autonoma impugnativa avverso il provvedimento di aggiudicazione della gara, ove questo sia sopraggiunto successivamente all'introduzione del giudizio ex art. 120, comma 6 bis, senza escludere né la possibilità di un'impugnativa congiunta, né la proposizione successiva di motivi aggiunti.

In questo senso, secondo la citata pronuncia, una volta intervenuta l'aggiudicazione, viene meno la ratio sottesa al nuovo e speciale microsistema processuale dei commi 2 bis e 6 bis, di definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione, e questo conformemente a quanto il Consiglio di Stato ha affermato nel citato parere n. 855/2016 in ordine all'opportunità di creare un giudicato formale che consenta lo sviluppo "pacificato" della procedura di gara; viene altresì meno l'esigenza di rifuggire da inutili complicazioni processuali e sostanziali, connesse ad una oramai inutile "frammentazione" di domande



intrinsecamente connesse, con rischio di contrasto di giudicati, acuito dalla faticosa moltiplicazione delle possibilità di impugnative parziali, anche assoggettate a termini processuali differenziati, peraltro in patente violazione del principio eurocomunitario di concentrazione dei giudizi.

Il risultato è dunque l'applicazione del rito ordinario di cui al comma 6 e non di quello speciale di cui all'art. 6 bis, in caso di cumulo di azioni.

7.2.6. In tutti questi casi, come pure in tutti quelli analoghi che dovessero prospettarsi in futuro, è impensabile ritenere applicabile il rito superaccelerato di cui ai commi 2-bis e 6-bis dell'art. 120 c.p.a.

Ne discende che, in caso di proposizione di un ricorso contenente una domanda cautelare, esso non può che essere assoggettato al rito ordinario ex art. 120, co. 6 c.p.a. e alle forme di tutela cautelare “ tradizionali”

7.2.7. A parere del collegio, tuttavia, la possibilità di richiedere la tutela cautelare ante causam e, soprattutto, quella monocratica d'urgenza non può essere esclusa, e, anzi, deve essere garantita, anche nei casi di astratta ammissibilità del rito superaccelerato.

Esso, infatti, presenta gravissime lacune sotto il profilo delle garanzie del diritto di difesa delle parti, che può ritenersi soddisfatto, anche in chiave comunitaria (vedi Direttiva 2007/66/CE) 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.

Allo stato questo non sembra poter avvenire, posto che la durata delle diverse fasi di ammissione e selezione è assolutamente disomogenea e non predeterminabile,

per cui non vi è una sicura e rapida scansione cronologica del procedimento di verifica delle offerte.

Anche quando le fasi sono molto rapide, in particolar modo in caso di gare dai contenuti poco complessi e con un numero assai limitato di partecipanti (sul punto, il caso oggetto del presente giudizio è emblematico), l'utilità del giudizio accelerato, relativo a ammissione ed esclusione, risulta vanificata, e pone molte complicazioni per via della sicura moltiplicazione dei processi, essendo quasi scontata l'immediata impugnativa dell'aggiudicazione.

In ogni caso, il sistema degli artt. 29 e 76 d.lgs. 50/2016, se letto in correlazione con quello dei commi 2 bis e 6 bis dell'art. 120 c.p.a., conferma l'impossibilità, di fatto, di qualsiasi forma di tutela effettiva del concorrente e che sia conforme, quanto a garanzie minime, con quelle imposte dalla Direttiva 2007/66/CE, posto che è preclusa la valutazione dei presupposti minimi per la proposizione di un ricorso efficace, sia in quanto il citato art. 29 d.lgs. 50/2016 non fornisce alcuna utilità al concorrente in ordine al possesso o meno, da parte degli altri competitors, dei requisiti di partecipazione, la cui carenza legittima la parte al ricorso con il rito accelerato (la disposizione si limita ad affermare che la stazione appaltante deve pubblicare l'elenco degli ammessi e degli esclusi, ma non fornisce indicazione alcuna sui contenuti), sia in quanto l'art. 76 d.lgs. 50/2016, eliminando l'accesso ex lege agli atti della procedura di gara (che era previsto dall'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006), conferma che l'impugnativa ex art. 120 co. 2 bis è di fatto una impugnativa al buio, discendente dalla mera pubblicazione degli elenchi di cui all'art. 29 d.lgs. 50/2016, mancando, in capo alla stazione appaltante, sia l'obbligo di esternare le ragioni alla base della decisione assunta se non dietro richiesta scritta del concorrente (che la stazione appaltante dovrà esaudire immediatamente e comunque entro quindici giorni), sia quello di fornire informazioni sugli atti di

ammissione degli altri offerenti (oggetto dell'obbligo di impugnativa ex art. 120 co. 2 bis).

7.2.8. In questo quadro poco confortante, nel quale i dubbi di costituzionalità e compatibilità comunitaria delle disposizioni in questione sono acuiti dalla circostanza che “l'omessa impugnazione (n.d.r. delle esclusioni e delle ammissioni) preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale” (art. 120, co. 2 bis c.p.a., seconda parte), la possibilità di garantire alla parte la tutela cautelare soprattutto monocratica non può essere messa in discussione.

Ciò vale a maggior ragione nel caso di impugnazione delle ammissioni, che rappresentano la vera novità nonché criticità di applicazione del nuovo regime processuale, posto che per le esclusioni la necessità di una tutela cautelare immediata esiste da sempre e non sembra che, concretamente, possa essere messa in discussione (il che è dimostrato anche dallo svolgimento della vicenda oggetto del presente giudizio).

Infatti, sotto il profilo della tutela degli interessi della parte ricorrente soprattutto al blocco della procedura di gara onde evitare che essa venga troppo rapidamente aggiudicata nonostante il ricorso avverso la propria esclusione o l'ammissione di altri concorrenti (con conseguente onere di ulteriore ricorso alla giustizia), i 60 giorni (30 giorni, dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente, per la celebrazione dell'udienza, che a sua volta è di ulteriori 30 giorni dal perfezionamento della notifica del ricorso) dalla notifica del ricorso che il nuovo rito individua come termine ultimo per la celebrazione della camera di consiglio/udienza pubblica definitiva, sono comunque troppi laddove la parte lamenti l'esistenza di un pregiudizio di “estrema gravità ed urgenza” o, addirittura, eccezionalmente grave e urgente, tale da non consentire neppure la previa

notificazione del ricorso e la domanda di misure cautelari provvisorie con decreto presidenziale.

Considerando che nel rito superaccelerato ordinario introdotto dalla riforma del 2014 (art. 120, co. 6 c.p.a.) l'udienza va celebrata entro 75 giorni dalla notifica del ricorso (45 giorni dalla scadenza del termine di costituzione delle parti diverse dal ricorrente, che è, come detto, di 30 giorni), l'esigua differenza di soli 15 giorni tra la camera di consiglio "a rito camerale" fissata ai sensi del comma 6 bis dell'art. 120 c.p.a. e la "udienza fissata d'ufficio" fissata, sempre d'ufficio, ai sensi del comma 6 della medesima disposizione, non giustifica in alcun modo, anche sotto un profilo di compatibilità del nuovo rito con il diritto comunitario e con i principi enunciati a più riprese dalla Corte di Giustizia, la circostanza che nel primo caso la tutela cautelare d'urgenza non venga affatto contemplata, mentre nel secondo caso resta "ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti", il che contempla tutta la gamma di misure cautelari possibili, sia collegiali che monocratiche (essendo queste ultime soggette comunque al vaglio successivo del collegio).

7.2.9. A nulla vale, poi, un confronto col modello processuale elettorale previsto all'art. 129 c.p.a., cui il sistema del 6 bis è chiaramente ispirato sotto il profilo dell'anticipazione della tutela.

Le somiglianze tra i due sistemi, infatti, si concentrano, e parimenti si esauriscono, proprio nella struttura bifasica del contenzioso, differenziandosene sotto altri aspetti.

Se è vero che anche nel procedimento elettorale coesistono due diverse fasi di contenzioso legate alla natura dei provvedimenti impugnati (più precisamente, onere di impugnativa immediata dei provvedimenti "immediatamente lesivi" del diritto del ricorrente a partecipare al procedimento elettorale preparatorio; onere di impugnativa di tutti gli altri atti alla conclusione del procedimento unitamente

all'atto di proclamazione degli eletti), resta il fatto che tale sdoppiamento del regime processuale coincide con una chiara e definita lesività dei provvedimenti censurati, posto che gli atti del procedimento preparatorio sono direttamente collegati alla lesione del diritto del cittadino a partecipare alla contesa elettorale.

La vera differenza tra i due sistemi sta nel fatto che, mentre nel procedimento elettorale la scansione legislativa è puntuale e coordinata con la disciplina processuale, questo non avviene, come visto, nel procedimento di aggiudicazione; inoltre, per giurisprudenza pacifica, nel procedimento ex art. 129 c.p.a. non sono ammissibili ricorsi contro ammissioni di candidati concorrenti, salvo il caso di confondibilità dei contrassegni.

Pertanto, mentre la fase del procedimento elettorale preparatorio, che si concretizza essenzialmente nella presentazione delle liste, è certamente qualificabile come fase a “chiusura certa”, non così è per quanto riguarda le fasi di svolgimento della procedura di gara.

Invero, il d.lgs. 50/2016, non sembra recepire l'impostazione sostanzialista e di deflazione del contenzioso prevista al comma 2 dell'art. 56 della Direttiva 2014/24/UE, in base al quale “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.”

Se il legislatore del 2016 avesse recepito correttamente tale indicazione, sarebbe stata possibile la contestazione dell'atto di ammissione dell'aggiudicatario solo

all'esito della procedura selettiva, senza la necessità, purtroppo imposta dal Codice, di impugnare "cautelativamente", tutte le ammissioni, comprese quelle dei concorrenti che risulteranno, poi, collocati in posizioni deteriori.

A questo si aggiunga che, secondo il citato art. 57, co. 5 della Direttiva, questo recepito dall'art. 80 del d.lgs. 50/2016, l'esclusione è possibile in ogni momento della procedura.

Ne discende che nell'attuale sistema degli appalti non vi è una fase di ammissione delle offerte che possa concludersi con un provvedimento definitivo e tombale, seguito da una possibile "omologa" da parte del giudice, e questo a differenza del procedimento elettorale, dove la fase preparatoria e di presentazione delle liste è completamente separata da quella relativa allo svolgimento della competizione elettorale.

In conclusione, perdurando quello che i primi commenti alla disciplina de quo hanno definito "dovere di controllo aperto", da parte della stazione appaltante, almeno sino alla aggiudicazione, e in assenza di una sicura e rapida scansione cronologica del procedimento di verifica delle offerte, è evidente che le analogie tra il rito superaccelerato in materia di appalti e il rito elettorale terminano rapidamente.

Pertanto, l'assenza di previsione di una tutela cautelare anche d'urgenza in quest'ultimo giudizio non può fare da viatico per ipotizzare che la medesima sorte tocchi al nuovo rito appalti, posto che molto diverse si presentano le fasi della procedura e, di conseguenza, le situazioni soggettive meritevoli di tutela giurisdizionale in tutte le sue varie forme.

7.2.10. Resta da capire come le conclusioni sopra esposte si concilino formalmente con un sistema, quello introdotto all'art. 120 c.p.a. dall'art. 204 d.lgs. 50/2016, nel quale la valutazione delle esigenze cautelari della parte ricorrente è fatta a monte dal legislatore, che ha di fatto previsto un sistema di definizione della controversia

che lo stesso Consiglio di Stato, nel parere reso il 1° aprile 2016, ha considerato idoneo a sopperire all'assenza di una apposita tutela cautelare (che non ha certamente escluso ma ha ritenuto pressochè superflua).

Una volta appurato che essa non solo non è superflua, ma anche necessaria sotto un profilo della garanzia degli interessi di parte all'effettività della tutela giurisdizionale, si potrebbe ritenere che la richiesta di misure cautelari debba essere motivata in senso rafforzato, dovendo la parte appositamente giustificare non solo i contenuti della richiesta (sotto un profilo delle esigenze cautelari così come previste dal Codice del processo), ma la ragione stessa della domanda proposta, la quale, di fatto, costituisce una deroga al sistema processuale superaccelerato del comma 6 bis e rimette al giudice il potere di dettare i tempi della prima fase del giudizio, che sembravano essergli stati sottratti dalla nuova disciplina.

È quindi ipotizzabile, a parere del collegio, e sempre in chiave armonizzatrice della nuova disciplina con i principi generali in materia di efficacia della tutela giurisdizionale mediante l'utilizzo delle misure cautelari, un onere motivazionale aggiuntivo dell'istanza cautelare in relazione alla deroga della normativa vigente, un onere aggiuntivo che esalti ancor di più l'estrema gravità del pregiudizio per giustificare, appunto, l'intervento del giudice a monte del instaurando processo.

È infatti evidente che, così come si è verificato nel caso oggetto del presente giudizio, l'operare delle regole ordinarie di cui agli artt. 55 e ss. del Codice del processo amministrativo, si pone in contrasto con la disciplina di cui al comma 6 bis dell'art. 120, posto che è quanto meno difficile conciliare la fissazione della camera di consiglio "cautelare" con quella, a distanza di pochissimi giorni, di una camera di consiglio "camerale" sul medesimo oggetto, anche in ragione del fatto che il collegio ben potrebbe definire la causa già con sentenza in forma semplificata o rinviare di lì a massimo 45 giorni ad un'udienza pubblica, sempre definitiva, secondo il rito del comma 6 dell'art. 120 c.p.a.

A parere del collegio, dunque, fermo restando l'obbligo motivazionale sopra indicato, in questi casi il rito ordinario del comma 6 prevarrebbe, per ragioni logiche e anche temporali, su quello del comma 6 bis.

7.2.10.1. A questo punto si pone l'ulteriore problema di capire se, nei casi previsti dal comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a., siano ammesse tutte le forme di tutela cautelare di cui al Codice del processo amministrativo.

È evidente che il regime derogatorio sopra ipotizzato, unitamente all'obbligo motivazionale rinforzato, è ammissibile e legittimo solo laddove esso presenti caratteristiche di straordinarietà tali da consentire la deroga della disciplina processuale accelerata in ragione della superiore esigenza di tutela del diritto di difesa del ricorrente.

Ne discende, dunque, che è certamente possibile la tutela monocratica eccezionale ante causam (art. 61) e quella urgente monocratica presidenziale, ma non è ammissibile la semplice richiesta cautelare ex art. 55 c.p.a., posto che in caso di semplice pregiudizio grave e irreparabile non si vede come la parte possa pretendere che il giudice amministrativo, fissando la camera di consiglio ordinaria, possa legittimamente derogare al procedimento superaccelerato introdotto dal nuovo Codice dei contratti.

La camera di consiglio cautelare che venga dunque fissata, come nel caso oggetto del presente giudizio, altro non è che quella obbligatoria, per legge, ai sensi dell'art. 56, co. 4 c.p.a. (e 61, co. 5, c.p.a.), in quanto nel decreto deve essere comunque indicata la camera di consiglio di cui all'articolo 55, comma 5.

9.2.10.2. Resta tuttavia l'incognita, in ordine al sopra illustrato onere rinforzato di motivazione della richiesta cautelare, dell'introduzione nell'art. 120 c.p.a., sempre ad opera del co. 1, lett. f) dell'art. 204, d.lgs. n. 50 del 2016), di un comma 8 ter, applicabile da subito anche al rito superaccelerato, in base al quale “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 contrattuali del contratto, dandone conto nella motivazione.”

La disposizione in questione è stata oggetto di pesanti critiche dei primi commentatori al Codice e non risultano, allo stato, pronunce giurisdizionali che ne abbiano fornito interpretazioni e circoscritto la portata.

Tuttavia, non può escludersi che la sua portata venga ridimensionata da una interpretazione che rimetta comunque al giudice la prognosi sull'esito della lite, tenendo conto, come sempre fa, degli interessi pubblici coinvolti.

Sulla portata di tale disposizione il collegio evita di prendere posizione allo stato, in quanto l'approfondimento della questione esulerebbe dall'ambito del presente giudizio, nel quale la misura cautelare è già stata accordata conformemente, come si vedrà infra, alle regole ordinarie, e il giudizio è stato deciso con sentenza ex art. 60 c.p.a.

Fermo restando, comunque, l'impatto di tale disposizione sui presupposti per la concessione della tutela cautelare sia nel rito appalti ordinario (comma 6) che in quello accelerato (comma 6 bis), resta il fatto che è del tutto illogico che al giudice debba toccare la valutazione della concedibilità della tutela cautelare attraverso una prognosi sull'esito del giudizio, collegato al rinvio agli artt. 121 co. 1 e 122 c.p.a. (ed in particolare alla possibilità per il ricorrente di ottenere la tutela in forma specifica subentrando nel contratto), quando ci si trova nell'ambito di un giudizio contro ammissioni o esclusioni e ancora non si conosce quale concorrente sarà dichiarato aggiudicatario.

È quindi ipotizzabile ritenere che la suddetta disposizione non si applichi al rito super accelerato, perché presuppone comunque l'affidamento e forse addirittura l'esistenza di un contratto.

8. Chiusa l'esposizione delle proprie considerazioni in ordine ai rapporti tra tutela cautelare e rito superaccelerato, nel ribadire, in concreto, che parte resistente ha

rinunciato ad eccepire l'irritualità del procedimento seguito (concessione della misura monocratica d'urgenza e fissazione dell'udienza cautelare ordinaria), il Collegio sottolinea che comunque il rito dell'art. 6 bis art. 120 c.p.a. non avrebbe potuto applicarsi al caso oggetto del presente giudizio, posto che la stazione appaltante non ha adottato le formalità di pubblicazione delle esclusioni previste all'art. 29 co. 1 d.lgs. 50/2016, ossia non ha pubblicato nella apposita sezione "Amministrazione trasparente" del proprio profilo, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento con il quale ha proceduto all'esclusione della Edilgen s.p.a. alla gara d'appalto, procedendo, invece, con una comunicazione di tipo tradizionale a seguito di soccorso istruttorio.

La società esclusa ha quindi proceduto alla notifica di un ricorso al quale ha affiancato una richiesta di misure monocratiche urgenti secondo lo schema tradizionale degli art. 55 e 56 c.p.a., al fine di evitare l'aggiudicazione dell'appalto all'unico soggetto rimasto in gara (la cui offerta tecnica ed economica deve tuttavia essere ancora vagliata).

Questo dimostra che, al di là delle riflessioni che il collegio ha già esposto, non è possibile addossare all'operatore economico gli oneri di una procedura tanto astrattamente rapida quanto concretamente inutile e assai spesso inutilizzabile, privandolo ab origine di forme di tutela d'urgenza che il diritto nazionale, in adempimento a specifici obblighi di diritto comunitario, garantisce espressamente anche e soprattutto per i giudizi in materia di contratti pubblici.

9. Venendo al merito del ricorso, il collegio ritiene di accogliere il primo motivo di doglianza sollevato dalla Edilgen s.p.a.

Si è detto che l'esclusione è avvenuta in quanto all'impresa ausiliaria Bourelly Car Service s.r.l. non è stato riconosciuto il requisito esperienziale (capacità tecnico organizzativa) richiesto al punto 8.3 lett. a) del Disciplinare di gara, in quanto

l'esperienza dichiarata non corrisponde alle attività oggetto della gara per la prestazione secondaria (cfr. comunicazione di esclusione, all. 7 prod. Edilgen).

Il mancato riconoscimento è avvenuto nonostante la stazione appaltante, con comunicazione datata 27 ottobre 2016 (doc. 4 prod. Edilgen), abbia chiesto chiarimenti dettagliati in ordine all'esperienza maturata dalla Bourelly negli anni 2013, 2014 e 2015 nel campo di cui alla prestazione secondaria, che viene infatti riportata virgolettata all'interno della nota inviata alla Edilgen.

Orbene, nonostante la ricorrente abbia trasmesso alla stazione appaltante la documentazione attestante lo svolgimento del servizio di rimozione veicoli effettuato per un triennio per conto dell'ACI Global Service (a sua volta vincitore di una gara con l'AOU Federico II di Napoli) (doc. 5 prod. Edilgen), l'esclusione è stata pronunciata per le ragioni sopra esposte, del tutto identiche al verbale di gara del 7 novembre 2016 (doc. 6 prod. Edilgen).

9.1. Il provvedimento così emesso è tuttavia illegittimo, in quanto non chiarisce in alcun modo le ragioni sottese alla mancata coincidenza tra il requisito esperienziale richiesto dal disciplinare di gara e quello documentato, a seguito dei chiarimenti forniti, dalla società ausiliaria.

La motivazione del provvedimento di esclusione, infatti, ricalca pedissequamente quella posta alla base della richiesta di chiarimenti, che a sua volta riproduce il contenuto del disciplinare di gara con riferimento all'oggetto della prestazione secondaria richiesta.

Non è però possibile evincere la vera ragione dell'esclusione dell'impresa ausiliaria, tant'è che le prospettazioni delle parti, contenute nei rispettivi atti difensivi, divergono significativamente, a conferma della circostanza che non è dato comprendere quali elementi abbiano indotto la stazione appaltante a considerare non pertinente il requisito esperienziale documentato dalla società Bourelly.

A parere del collegio, non si riscontrano differenze significative tra quanto l'impresa ausiliaria ha attestato di aver svolto per conto della società ACI Global e quanto richiesto dalla stazione appaltante, posto che il servizio espletato, di "rimozione, trasporto e custodia dei veicoli a motore", così come descritto nelle fatture prodotte dalla Bourelly Car Service S.r.l. consisteva nella "rimozione autovetture in sosta vietata, custodia, restituzione di veicoli rimossi, riscossione servizio Depannage nell'area del Policlinico Federico II".

Non si riscontrano, pertanto, differenze rispetto alla prestazione secondaria richiesta nell'appalto, consistente nella "rimozione, trasporto, consegna ad un centro di raccolta e successiva demolizione di veicoli a motore o non, quale ne sia il numero, rinvenuti da Organi di polizia stradale sul territorio del Comune, su aree pubbliche e proprie pertinenze e nelle aree private di uso pubblico, ove richiesto da chi ne abbia interesse, quando, per il loro stato o per altro fondato motivo, si possa ritenere che siano stati abbandonati secondo la previsione dell'art. 159, comma 5, del Codice della Strada, e come tali costituenti rifiuti speciali secondo l'art. 231 del D. Lgs. n.

6".

L'unica differenza è quella relativa alla demolizione dei veicoli, che la Bourelly non ha dichiarato di aver mai espletato, ma che tuttavia, come correttamente rilevato dalla ricorrente, è posta dal Capitolato speciale di appalto (doc. 2 prod. Edilgen) a carico del Centro di raccolta (vedi art. 4 par. 2.3. Capitolato, pag. 8) e non del concessionario.

Pertanto, il servizio svolto dalla società ausiliaria presenta caratteri di assoluta identità con quello richiesto dal disciplinare di gara, e consente di ritenere illegittima l'esclusione della stessa, ad opera della stazione appaltante, senza alcuna specificazione in ordine alle eventuali differenze esistenti tra quanto richiesto e quanto dichiarato.

Appurato dunque che la questione non è quella dello svolgimento di servizi analoghi o identici a quelli richiesti, rileva, semmai, un problema di interpretazione dei documenti di gara secondo buona fede e facendo uso di poteri di soccorso istruttorio che abbiano contenuti idonei a indirizzare i concorrenti verso forme di interlocuzione che garantiscano l'effettiva integrazione dell'offerta, al fine di consentire la massima partecipazione alla gara evitando esclusioni meramente formali anche quando esse abbiano riguardo ai contenuti delle offerte.

È evidente che, nel caso di specie, la stazione appaltante abbia posto in essere un soccorso istruttorio di facciata, di fatto sconfessando la logica dell'avvalimento, che sempre più, anche dopo la recentissima pronuncia dell'Ad. Plenaria 4 novembre 2016 n. 23, assume connotati di tipo sostanzialistico.

10. L'accoglimento della prima censura rende superflua la valutazione della seconda, che era stata proposta in via subordinata.

11. In conclusione il ricorso deve essere accolto.

Stante la novità delle questioni trattate e delle disposizioni coinvolte, si ritiene giusta la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie ai sensi di cui in motivazione e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 7 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente

Guglielmo Passarelli Di Napoli, Consigliere

Maria Barbara Cavallo, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Maria Barbara Cavallo**

**IL PRESIDENTE**  
**Anna Pappalardo**

IL SEGRETARIO

LAVORIPUBBLICI.IT