

## Sulla non immediata applicabilità del nuovo rito “super-accelerato” in materia di appalti pubblici

di Cino Benelli

Data di pubblicazione: 25-10-2016

*Non è immediatamente applicabile alle procedure di appalto, i cui bandi o avvisi siano stati pubblicati anteriormente alla data di entrata in vigore del D. Lgs. n. 50/2016 (19 aprile 2016), né la disciplina sostanziale né il rito processuale, definito “processo anticipato e in prevenzione”, previsto dai nuovi commi 2-bis e 6-bis dell’articolo 120 del codice del processo amministrativo.*

In senso difforme: T.A.R. Calabria - Reggio Calabria, 23 luglio 2016, n. 829

### Guida alla lettura

La pronuncia in commento affronta, in via generale, il tema dell'immediata applicabilità del nuovo rito processuale c.d. “super-accelerato” introdotto dall’art. 204 Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. “Codice degli Appalti e delle Concessioni”), pubblicato sulla G.U.R.I. in data 19 aprile 2016, il quale ha modificato l’art. 120 cod. proc. amm., aggiungendo i commi 2-bis e 6-bis.

Il caso di specie trae origine dalla tempestiva impugnazione, ad opera della società ricorrente, del verbale recante l’ammissione della società controinteressata ad una procedura selettiva pubblica per l’affidamento del servizio di gestione di un Centro anziani indetta da un’Amministrazione comunale.

In particolare, l’impugnativa proposta dalla ricorrente sulla scorta di quanto previsto dall’art. 120, comma 2-bis, cod. proc. amm., introdotto dall’art. 204 del D. Lgs. 50/2016 – in base al quale, com’è noto, “*il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni decorrenti dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante (...)*” – si fondava sull’asserita insussistenza, in capo alla società controinteressata, dei requisiti tecnici necessari per la partecipazione alla procedura *de qua*.

Nondimeno, la Prima Sezione del T.A.R. Toscana, con sentenza 3 ottobre 2016, n. 1415, ha dichiarato il ricorso inammissibile per carenza di interesse a ricorrere, ritenendo inapplicabile alla fattispecie sia la disciplina sostanziale recata dal “Codice degli Appalti e delle Concessioni” che il nuovo rito processuale, definito “*processo anticipato e in prevenzione*”, previsto dai commi 2-bis e 6-bis dell’art. 120 cod. proc. amm.

A sostegno del proprio *decisum*, il Collegio toscano ha richiamato il pacifico orientamento

giurisprudenziale in base al quale l'interesse a ricorrere – se è ravvisabile qualora ci si dolga dell'esclusione da una procedura ad evidenza pubblica anche in conseguenza di clausole preclusive alla partecipazione – non può dirsi esistente allorché si intenda contestare l'ammissione alla gara di un altro concorrente, trattandosi di atto endoprocedimentale, come tale sprovvisto di autonoma lesività.

Per quanto concerne, in generale, la questione circa l'immediata applicabilità o meno della nuova disciplina in materia di appalti pubblici, il T.A.R. Toscana ha ritenuto che la stessa debba essere esaminata alla luce della regola generale consacrata dall'art. 216, comma 1, D. Lgs. 50/2016, rubricato "*Disposizioni transitorie e di coordinamento*".

Invero, tale disposizione normativa – nello stabilire che "*Fatto salvo quanto previsto nel presente articolo ovvero nelle singole disposizioni di cui al presente codice, lo stesso si applica alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte*" – depone nel senso della non operatività della suddetta disciplina rispetto a quelle procedure i cui bandi o avvisi siano stati pubblicati anteriormente alla data di entrata in vigore del medesimo D. Lgs. (19 aprile 2016), ovvero, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, a quella data siano già stati trasmessi gli inviti a presentare le offerte.

Per quanto riguarda, in particolare, l'applicabilità della norma processuale di cui all'art. 120, commi 2-bis e 6-bis, cod. proc. amm., azionata dalla società ricorrente, il T.A.R. Toscana giunge alla medesima conclusione circa la sua non immediata precettività sulla base di argomentazioni di ordine letterale e sistematico.

In primo luogo, dalla lettura del citato art. 216 non è possibile evincere alcuna eccezione specificamente riferita alla "novella" di cui al precedente art. 204, il quale, come si è visto, imponendo l'immediata impugnazione dei provvedimenti non solo di esclusione ma anche di ammissione nei termini sanciti dall'art. 120 cod. proc. amm., ha introdotto una vera e propria presunzione assoluta di interesse a ricorrere in deroga ai principi generali emergenti dall'art. 100 cod. proc. civ.

Ad avviso del T.A.R., la non immediata operatività del nuovo "*processo anticipato e in prevenzione*" emerge, peraltro, anche dal tenore di altre disposizioni contenute nello stesso Codice e, in particolare, dell'art. 29, comma 1, secondo cui "*Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati [sul profilo del committente, nella Sezione "Amministrazione trasparente", ndr], 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*".

Del resto, sempre secondo il Collegio toscano, il nuovo "*sottoinsieme processuale accelerato*" configurato dall'art. 120 cod. proc. amm., dovrebbe essere considerato strettamente

collegato "al riassetto complessivo della contrattualistica pubblica, i cui profili sostanziali sono indefettibilmente legati a quelli processuali contestualmente introdotti".

Giova segnalare come, in senso diametralmente opposto rispetto alla sentenza qui in rassegna, si sia in precedenza espresso il T.A.R. Calabria - Reggio Calabria, il quale, con sentenza 23 luglio 2016, n. 829, ha ritenuto applicabile, alla luce del principio del c.d. "*tempus regit actum*", il nuovo rito "in prevenzione" di cui all'art. 120 cod. proc. amm. anche con riferimento alle procedure di gara indette in epoca anteriore all'entrata in vigore del D. Lgs. 50/2016, in considerazione della natura meramente processuale delle disposizioni medesime.

## **Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana**

### **(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 912 del 2016, proposto da:

Cooperativa Sociale La Salute Soc. Coop. Soc., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Nicoletta Felli C.F. FLLNLT63E57D612H, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via delle Mantellate 8;

### ***contro***

Comune di Altopascio in persona del Sindaco p.t., non costituito in giudizio;

### ***nei confronti di***

Cooperativa Sociale Insieme, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Mirco C.F. MRCLCU66H07L113U, Jacopo Fanelli C.F.

FNLJCP82A13D575V, con domicilio eletto presso Luca Mirco in Firenze, via B. Lupi 20;

### ***per l'annullamento***

del provvedimento di ammissione della Cooperativa Sociale Insieme alla "Procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione del Centro Diurno Anziani comunale L'Aquilone" del Comune di Altopascio, reso dalla Commissione di gara nella seduta del 18.05.2016 e risultante dal verbale della seduta medesima (impugnato in parte qua), nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente ed in particolare del verbale della seduta dalla Commissione di gara del 18.04.2016 e della nota a firma del Presidente della commissione di gara del 26.04.2016.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cooperativa Sociale Insieme;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 settembre 2016 il dott. Bernardo Massari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Premesso che:

- la società ricorrente ha impugnato il verbale recante l'ammissione della Cooperativa Sociale Insieme alla gara indetta dal Comune di Altopascio per l'affidamento del servizio di gestione del "Centro Diurno Anziani comunale L'Aquilone" deducendo l'insussistenza in capo alla medesima dei requisiti tecnici necessari per la partecipazione;

- a tal fine la ricorrente ha attivato il rito speciale disciplinato dall'art. 120, co. 2 bis, c.p.a., introdotto dall'art. 204 del d.lgs. n. 50/2016 secondo cui *"il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante..."*;

- nell'odierna camera di consiglio, in assenza di eccezioni della controinteressata, il Collegio ha prospettato alle parti la questione dell'inammissibilità del gravame per carenza di interesse in relazione alla possibile non immediata applicabilità della disposizione sopra richiamata;

- infatti, secondo il pacifico orientamento della giurisprudenza il concorrente, mentre ha interesse a dolersi della propria esclusione dalla gara ovvero di clausole impeditive della partecipazione, non è titolare di un'analogha posizione nel caso intenda contestare l'ammissione di altro partecipante dal momento che tale atto, di natura endoprocedimentale, non possiede un'autonoma lesività (T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III 4 gennaio 2016 n. 10; Cons. Stato, sez. VI, 11 marzo 2015 n. 1261; T.A.R. Toscana, sez. I, 27 ottobre 2011, n. 1596);

considerato che:

- la questione dell'immediata applicabilità dell'art. 120, co. 2 bis, c.p.a. va riguardata alla luce di quanto stabilito dall'art. 216, co. 1, del d.lgs. n. 50/2016 (disposizioni transitorie e di coordinamento) il quale dispone che *"Fatto salvo quanto previsto nel presente articolo ovvero nelle singole disposizioni di cui al presente codice, lo stesso si applica alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte"*.

- il Collegio non ignora la recente pronuncia di altro T.A.R. secondo cui non è controvertibile, che la norma in questione trovi applicazione al giudizio pendente, trattandosi di disposizione processuale immediatamente operante entrata in vigore anteriormente alla proposizione del ricorso (T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 23 luglio 2016, n. 829), ma ritiene tali conclusioni non persuasive;

osservato che:

- in senso negativo all'immediata applicabilità del nuovo rito definito come *"processo anticipato e in prevenzione"*, nonostante la natura processuale della norma, ostano argomentazioni di natura letterale e sistematica;

- quanto alle prime, la mera lettura dell'art. 216 del Codice dei contratti pubblici che non contiene alcuna eccezione riferibile all'art. 204, induce a ritenere che non vi siano deroghe al criterio generale che stabilisce l'entrata in vigore del nuovo rito rendendolo applicabile solo alle *"procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore"*;

- quanto alle seconde, pare evidente, dal testuale riferimento contenuto ad altre disposizioni del Codice, segnatamente l'art. 29, co. 1, l'impossibilità di dare immediata applicazione al nuovo rito in prevenzione;

- la norma da ultimo citata stabilisce, infatti, che *"al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, [sul profilo del committente, nella sezione Amministrazione trasparente], 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.."*, ed è da tale pubblicazione che decorre il termine per l'impugnazione dei provvedimenti di esclusione e ammissione non a caso contestato dalla controinteressata);

- d'altro canto, in condivisione con la quasi totalità della dottrina, il nuovo e speciale sottosistema processuale, *"qualificabile come anticipato, preliminare, immediato, autonomo, decadenziale, finalizzato comunque alla rapida costituzione di certezze giuridiche poi incontestabili sui protagonisti della gara"* è certamente legato al riassetto complessivo del sistema della contrattualistica pubblica i cui profili sostanziali sono indefettibilmente legati a

quelli processuali contestualmente introdotti;

ritenuto, pertanto, stante l'inapplicabilità del rito disciplinato dall'art. 120, co 2 bis, che il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per carenza di immediata lesività dell'atto impugnato e che le spese del giudizio possono essere compensate in ragione della novità delle questioni trattate;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 21 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere, Estensore

Gianluca Bellucci, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Bernardo Massari**

**IL PRESIDENTE**  
**Armando Pozzi**

IL SEGRETARIO