

Ambito di applicazione dell'abrogazione del rito superaccelerato di cui all'art. 120 bis comma 2 bis del codice del processo amministrativo

di Michela Pignatelli

Data di pubblicazione: 13-1-2021

- 1. E' il precedente di questa Sezione costituito dalla sentenza 5 agosto 2020, n. 4927, che ha in particolare messo in risalto la portata sostanziale dell'abrogazione quale risultante dal combinato disposto delle due norme sopra richiamate, attraverso il richiamato riferimento ai "processi iniziati". Esso è consistito nel rimuovere la qualificazione di atto immediatamente lesivo a quelli adottati dall'amministrazione nella fase di ammissione degli operatori economici alla gara, con conseguente ripristino per le procedure di gara concluse dopo l'entrata in vigore della legge di conversione del decreto – legge n. 32 del 2019 della regola generale secondo cui l'interesse ad ottenere un appalto pubblico all'esito della relativa procedura di gara è lesa solo con l'altrui aggiudicazione, quale atto conclusivo dell'unitario procedimento amministrativo contraddistinto da atti nel loro complesso preordinati al risultato finale di selezionare il contraente privato della pubblica amministrazione.*
- 2. Eliminato dunque l'onere anticipato di impugnazione ha ripreso vigore la regola generale – su cui si fonda l'intero sistema di giustizia amministrativa quale giurisdizione di diritto soggettivo che "assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo" – per cui è con la definitiva manifestazione di volontà dell'amministrazione nelle forme tipiche degli atti autoritativi previsti dalla legge che è data, in concreto, azione in giudizio a tutela degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi dell'interessato e in vista di un risultato utile correlato ad un bene della vita.*

Guida alla lettura

Con la sentenza in rassegna, la V Sezione del Consiglio di Stato ha perimetrato l'ambito di applicazione dell'abrogazione del rito appalti super accelerato ex art. 120 comma 2 bis cpa, disposta dall'art. 1 comma 4 d.l. 18 aprile 2019 n. 32, convertito dalla l. 14 giugno 2019 n. 55. In particolare, il Collegio ha ritenuto che l'effetto della citata normativa abrogativa consista nella riespansione delle regole generali in punto a interesse a ricorrere anche relativamente alle procedure di evidenza pubbliche in corso al momento dell'abrogazione del rito super accelerato.

Preliminarmente, è opportuno richiamare brevemente la disciplina contenuta nell'ormai abrogato art. 120 comma 2 bis del codice del processo amministrativo. Con l'introduzione dell'art. 120 comma 2 bis, il legislatore ha derogato alla regola generale in virtù della quale l'interesse ad ottenere un appalto pubblico all'esito della relativa procedura di gara è lesa

solo con l'altrui aggiudicazione. Infatti, la disposizione in oggetto imponeva l'onere di immediata impugnazione delle ammissioni o esclusioni alla gara, a prescindere dalla sussistenza della lesione dell'interesse coincidente con l'aggiudicazione ad altro soggetto. In altri termini, l'art. 120 comma 2 bis del codice del processo amministrativo attribuiva autonomo rilievo all'interesse strumentale o procedimentale del concorrente alla corretta formazione della platea dei soggetti partecipanti alla gara, che rispetto all'interesse finale all'aggiudicazione si pone come *chance* condizionata dalla consistenza di quella platea.

Come sopra anticipato, la norma in oggetto, pur avendo superato positivamente il vaglio di costituzionalità, è stata abrogata dal cd "Decreto Sblocca Cantieri", con conseguente riespansione della regola generale che individua l'aggiudicazione quale evento lesivo dell'interesse del partecipante non aggiudicatario.

La problematica che è stata risolta dalla sentenza in rassegna è rappresentata dall'ambito di applicazione della norma abrogativa dell'art. 120 comma 2 bis del c.p.a. In particolare, l'interrogativo sottoposto al Collegio concerne l'applicabilità dell'abrogato rito super accelerato alle procedure di gara già avviate ed ancora in corso. Più precisamente, la Sezione ha chiarito che l'abrogazione si applica anche alle procedure di gara ancora in corso. Il Collegio è pervenuto a tali conclusioni in ragione del riferimento dell'art. 1 comma 23 della l. 55/2019 ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione e non agli atti delle procedure di affidamento. Richiamando i propri precedenti in termini, la Sezione ha chiarito che l'abrogazione del rito super accelerato ex art 120 comma 2 bis c.p.a., ha comportato la riespansione delle regole generali sull'interesse ad impugnare gli atti delle procedure di affidamento di contratti pubblici valevoli prima dell'introduzione del rito super – speciale. In particolare, la sentenza n. 4927/2020 della medesima Sezione ha ritenuto che l'abrogazione sia di tipo sostanziale, in ragione del richiamato riferimento ai processi iniziati. L'abrogazione di cui si discorre è consistita nel rimuovere la qualificazione di atto immediatamente lesivo a quelli adottati dall'amministrazione nella fase di ammissione degli operatori economici alla gara, con conseguente ripristino per le procedure di gara concluse dopo l'entrata in vigore della legge di conversione del decreto – legge n. 32 del 2019 della regola generale secondo cui l'interesse ad ottenere un appalto pubblico all'esito della relativa procedura di gara è leso solo con l'altrui aggiudicazione, quale atto conclusivo dell'unitario procedimento amministrativo contraddistinto da atti nel loro complesso preordinati al risultato finale di selezionare il contraente privato della pubblica amministrazione.

Eliminato dunque l'onere anticipato di impugnazione ha ripreso vigore la regola generale – su cui si fonda l'intero sistema di giustizia amministrativa quale giurisdizione di diritto soggettivo che "assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo" – per cui è con la definitiva manifestazione di volontà dell'amministrazione nelle forme tipiche degli atti autoritativi previsti dalla legge che è data, in concreto, azione in giudizio a tutela degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi dell'interessato e in vista di un risultato utile correlato ad un bene della vita.

La Sezione confermando l'orientamento in via di consolidamento, ha disatteso le diverse conclusioni cui è pervenuta la Sezione III con sentenza n. 4824/2020. Tale orientamento interpreta l'art. 1 comma 23 della l. 55/2019 come una rimessione in termini rispetto a

provvedimenti di ammissione alla gara già consolidatisi nel vigore del regime previgente al decreto – legge n. 32 del 2019, mentre un simile effetto retroattivo non potrebbe estendersi a situazioni e rapporti giuridici ormai chiusi, come sono quelli relativi alla fase di ammissione per i quali il termine per impugnare è scaduto.

In definitiva, ad avviso del Collegio l'art 1 comma 23 della l. 55/2019 contiene una norma di tipo sostanziale che consente la riespansione della regola generale relativa all'interesse ad agire anche in relazione alle procedure di gara ancora in corso. Ciò determina, quindi, che per le procedure di affidamento in corso al momento dell'entrata in vigore della legge di abrogazione, troverà applicazione la regola generale che collega l'interesse ad agire all'adozione del provvedimento di aggiudicazione, quale provvedimento lesivo dell'impresa non aggiudicataria.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 3591 del 2020, proposto da Valbasento Lavori s.r.l., in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marzia Paci e Luca Di Mase, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Rocco De Bonis, in Roma, via Martini 2;

contro

ANAS s.p.a., in persona del responsabile della propria direzione legale, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Stefania Masini, Flavia De Pellegrin e Antonio Marino, con domicilio digitale p.e.c. da registri di giustizia;

nei confronti

Pype Lyne s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con M.A. Costruzioni Generali s.r.l. e Edilfor s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini, Gaetano Esposito e

Francesco Vagnucci, con domicilio digitale p.e.c. da registri di giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata (sezione prima) n. 197/2020, resa tra le parti, concernente la procedura di affidamento in appalto dei lavori di riqualificazione della piattaforma stradale sulla tratta compresa tra i km 40+320 e 42+400 lungo la strada statale n. 407 "Basentana";

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ANAS s.p.a. e della Pype Lyne s.p.a.;

Vista l'ordinanza cautelare della Sezione del 5 giugno 2020, n. 3098;

Viste le memorie e tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 novembre 2020, tenutasi con le modalità previste dagli artt. 4 del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, e 25 del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, il consigliere Fabio Franconiero, nessuno essendo comparso per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Valbasento Lavori s.r.l. propone appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata che ha dichiarato inammissibile il suo ricorso per l'annullamento degli atti relativi alla procedura indetta dall'ANAS s.p.a. per l'affidamento in appalto dei lavori di riqualificazione della piattaforma stradale sulla tratta compresa tra i Km. 40+320 e 42+400 lungo la S.S. n. 407 "Basentana", di cui al bando pubblicato l'8 ottobre 2018.

2. La ricorrente, classificata al terzo posto della graduatoria di gara, dopo l'esclusione del primo classificato e originario aggiudicatario, Consorzio stabile AREM Lavori, impugnava la successiva aggiudicazione a favore del concorrente secondo classificato, raggruppamento temporaneo di imprese con capogruppo la Pype Lyne s.r.l. (aggiudicazione, quest'ultima, disposta dall'ANAS con provvedimento di prot. n. 574648 del 14 ottobre 2019). Di quest'ultima veniva dedotta la carenza dei requisiti di partecipazione alla gara, derivante dal fatto che nel corso di essa la mandante M.A. Costruzioni Generali s.r.l. aveva perduto l'attestazione di qualificazione SOA per la categoria di lavori OG3, assunta dalla mandante nella misura del 30% sul valore previsto di € 3.238.094,95, nella classifica III-bis inizialmente dichiarata.

3. La sentenza ha dichiarato inammissibile il ricorso per intervenuta decadenza ai sensi

dell'allora vigente art. 120, comma 2-*bis*, Cod. proc. amm. della facoltà di contestare l'ammissione alla gara di altri concorrenti per carenza dei requisiti di partecipazione, una volta che la stazione appaltante aveva adottato il relativo provvedimento: nel caso di specie con provvedimento comunicato dall'ANAS ai concorrenti, ai sensi dell'art. 29 del Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, con nota del 6 marzo 2019 (prot. n. 131431).

4. Con il proprio appello la Valbasento Lavori contesta la dichiarazione di inammissibilità e ripropone le censure di merito, dirette a sostenere che il raggruppamento temporaneo aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per la sopra esposta soluzione di continuità nell'attestazione SOA.

5. Si sono costituiti in resistenza all'appello l'ANAS s.p.a. e la capogruppo Pype Lyne.

DIRITTO

1. Con il primo motivo d'appello la Valbasento Lavori censura la dichiarazione di inammissibilità del ricorso ai sensi dell'art. 120, comma 2-*bis*, Cod. proc. amm. in cui si sostanzia la sentenza di primo grado, fondata a sua volta sul fatto che la società odierna appellante non ha impugnato l'ammissione alla procedura di gara del raggruppamento temporaneo con mandataria la Pype Lyne all'esito della verifica dei requisiti di partecipazione, benché di tale ammissione la medesima società fosse a conoscenza, in virtù della sopra citata nota dell'ANAS di prot. n. 131431 del 6 marzo 2019, ma abbia atteso l'aggiudicazione a favore della Pype Lyne, impugnata con ricorso notificato il 15 novembre 2019.

In contrario la Valbasento Lavori deduce che:

- all'epoca in cui ha proposto ricorso, il rito "sulle ammissioni" di cui all'art. 120, comma 2-*bis* Cod. proc. amm. era stato abrogato dall'art. 1, comma 4, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 [*Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*; convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, per effetto della quale la disposizione abrogativa è stata riproposta nel comma 22, lett. a), del decreto-legge];

- il successivo comma 5 (divenuto comma 23, con la legge di conversione) ha previsto che le disposizioni di cui al comma 4 [ora comma 22, lett. a)] «*si applicano ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto*»;

- in quest'ultima ipotesi rientrerebbe il proprio ricorso.

2. Il motivo è fondato.

3. Esso si basa sulla tesi, già affermata da questa Sezione con l'ordinanza 17 gennaio 2020, n. 148 e le sentenze 5 marzo 2020, n. 1604, 5 agosto 2020, n. 4927 e 2 ottobre 2020, n. 5782, della riespansione delle regole generali sull'interesse ad impugnare gli atti delle procedure di affidamento di contratti pubblici valevoli prima dell'introduzione del rito "super-speciale"

previsto dall'art. 120, comma 2-bis, Cod. proc. amm.: tanto è da ribadire in questa sede, malgrado il difforme indirizzo della III Sezione di questo Consiglio di Stato, richiamato invece dall'ANAS e dalla controinteressata Pype Lyne, espresso in particolare dalla sentenza 29 luglio 2020, n. 4824, cui aderisce la VI Sezione, con sentenza 13 ottobre 2020, n. 6165, ma alle quali si contrappone la sentenza della stessa III Sezione del 5 giugno 2020, n. 3585, conforme invece all'indirizzo di questa Sezione.

4. Oltre all'ultima delle pronunce richiamate, è il precedente di questa Sezione costituito dalla sentenza 5 agosto 2020, n. 4927, che ha in particolare messo in risalto la portata sostanziale dell'abrogazione quale risultante dal combinato disposto delle due norme sopra richiamate, attraverso il richiamato riferimento «*ai processi iniziati*». Esso è consistito nel rimuovere la qualificazione di atto immediatamente lesivo a quelli adottati dall'amministrazione nella fase di ammissione degli operatori economici alla gara, con conseguente ripristino per le procedure di gara concluse dopo l'entrata in vigore della legge di conversione del decreto-legge n. 32 del 2019 (ma per la verità sin da quest'ultimo) della regola generale secondo cui l'interesse ad ottenere un appalto pubblico all'esito della relativa procedura di gara è lesa solo con l'altrui aggiudicazione, quale atto conclusivo dell'unitario procedimento amministrativo contraddistinto da atti nel loro complessi preordinati al risultato finale di selezionare il contraente privato della pubblica amministrazione. Eliminato dunque l'onere anticipato di impugnazione ha ripreso vigore la regola generale - su cui si fonda l'intero sistema di giustizia amministrativa quale giurisdizione di diritto soggettivo che «*assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*» (art. 1 Cod. proc. amm.) – per cui è con la definitiva manifestazione di volontà dell'amministrazione nelle forme tipiche degli atti autoritativi previsti dalla legge che è data, in concreto, azione in giudizio a tutela degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi dell'interessato e in vista di un risultato utile correlato ad un bene della vita.

5. Nel vigore del più volte citato art. 120, comma 2-bis, Cod. proc. amm. questa regola è stata derogata, con il rilievo autonomo attribuito all'«*interesse strumentale o procedimentale del concorrente alla corretta formazione della platea dei soggetti partecipanti alla gara*» (Corte costituzionale, sentenza 13 dicembre 2019, n. 271), che rispetto all'interesse finale all'aggiudicazione si pone come *chance*, condizionata dalla consistenza di quella platea (in questo senso: Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4). Attraverso il riferimento operato dall'art. 1, comma 23, della legge n. 55 del 2019 «*ai processi*» iniziati dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione - e non già agli «*atti delle procedure di affidamento*», secondo quanto invece previsto dalle regole generali contenute nell'art. 120 Cod. proc. amm. (comma 1), e dallo stesso comma 2-bis abrogato («*provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni...*») - si è invece resa immediatamente operante l'abrogazione «*anche per le procedure di gara già avviate ed ancora in corso*», ed escludere che per queste ultime potessero produrre effetti sostanziali gli atti interni alla procedura di gara (così la citata sentenza di questa Sezione del 5 agosto 2020, n. 4927).

6. I rilievi ora svolti consentono di superare le diverse considerazioni di cui a Cons Stato, III, 29 luglio 2020, n. 4824, in precedenza richiamata, secondo cui si dovrebbe allora ipotizzare una rimessione in termini rispetto a provvedimenti di ammissione alla gara già consolidatisi nel vigore del regime previgente al decreto-legge n. 32 del 2019, mentre un simile effetto

retroattivo non potrebbe estendersi a situazioni e rapporti giuridici ormai chiusi, come sono quelli relativi alla fase di ammissione per i quali il termine per impugnare è ormai scaduto.

Vale in contrario considerare che questi rilievi non considerano la portata dell'effetto abrogativo del rito sulle ammissioni, che era correlato non all'atto dell'amministrazione impugnato ma a quello dell'interessato di esercizio del diritto di azione in giudizio, cui va riferito il momento in cui vanno valutati i presupposti sostanziali di ammissibilità dell'impugnazione. A tale momento non può quindi essere addotta l'esistenza ostativa di situazioni e rapporti giuridici esauriti all'interno all'unitaria procedura di gara, nello specifico per effetto dell'adozione di provvedimenti di ammissione di altri concorrenti, quando per la legge esistente al momento in cui l'azione va proposta essi hanno – proprio per questa legge sopravvenuta - cessato di costituire atti autonomamente lesivi. Ad opinare in questo senso la portata della disciplina abrogativa dell'art. 120, comma 2-*bis*, Cod. proc. amm. contenuta nel decreto-legge n. 32 del 2019 sarebbe vanificata, come rilevato dalla citata sentenza Cons. Stato, III, 5 giugno 2020, n. 3585, e si determinerebbe un'ultrattività della medesima disposizione rispetto a procedure di gara concluse dopo la sua abrogazione.

7. Se le ragioni a base della dichiarazione di inammissibilità del ricorso della Valbasento Lavori sono errate, non altrettanto è della conformità a diritto di quest'ultima, per la diversa ragione ostativa all'esame del merito dell'impugnazione eccepita dalle parti resistenti e da queste riproposta in appello. La ragione consiste nel fatto che l'odierna appellante non ha impugnato l'esito conclusivo della gara, per lei immediatamente lesivo, a causa della sua collocazione al terzo posto della graduatoria finale, preceduta non solo dal raggruppamento temporaneo Pype Lyne odierno controinteressato, ma anche dal primo classificato Consorzio stabile AREM Lavori, originario aggiudicatario [tale dichiarato con provvedimento dell'ANAS in data 12 giugno 2019, prot. n. 12 giugno 2019, comunicato ai concorrenti ai sensi dell'art. 76, comma 5, lett. a), del Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, il giorno successivo]. Che si sia trattato di atto della procedura di gara (questa volta) lesivo dell'interesse della Valbasento Lavori è ricavabile dallo stesso successivo comportamento dell'appellante ed in particolare dall'istanza di accesso agli atti di gara che quest'ultima ha inviato all'ANAS il 16 luglio 2019. In esso la medesima Valbasento Lavori ha infatti chiesto di avere copia di tutta la documentazione amministrativa e concernente l'offerta tecnica ed economica relativa non solo all'aggiudicatario Consorzio Arem, ma anche all'allora secondo classificato raggruppamento temporaneo Pype Lyne.

8. L'istanza di accesso è stata tuttavia inviata quando la graduatoria di gara e la consequenziale aggiudicazione in favore del Consorzio Arem si erano consolidati, per effetto del decorso del termine di 30 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 120, comma 2, Cod. proc. amm., in combinato con il sopra menzionato art. 76, comma 5, lett. a), del Codice dei contratti pubblici, che obbliga le stazioni appaltanti di comunicare il provvedimento conclusivo della gara non solo «*al concorrente che segue nella graduatoria*» ma anche «*a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara*». Ciò allo scopo di consentire anche a questi ultimi, anche attraverso lo strumento dell'accesso agli atti di gara, di proporre un ricorso efficace, come richiesto dalla direttiva europea "ricorsi" (direttiva 89/665/CEE, come successivamente modificata, in particolare dalla direttiva 2007/66/CE), nell'ambito del quale contestare la partecipazione di tutti i concorrenti in

posizione poziore in graduatoria.

9. Sull'ammissibilità dell'impugnazione nei confronti degli atti di gara proposto da concorrenti collocati in graduatoria in posizione successiva alla seconda è del pacifica la giurisprudenza, che a questo scopo afferma l'onere del ricorrente di contestare la partecipazione alla gara di tutti i concorrenti posti in posizione migliore (tra le altre: Cons. Stato, III, 2 marzo 2017, n. 972; V, 12 maggio 2020, n. 2967, 7 gennaio 2020, n. 83).

10. Il principio di diritto è stato affermato dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, con sentenza del 3 febbraio 2014, n. 8.

Per quanto di interesse nel presente giudizio, questa sentenza ha infatti statuito che la *«collocazione al terzo posto in graduatoria non comporta di per sé - con carattere di automatismo - il difetto di legittimazione del concorrente terzo graduato ad introdurre contestazione sulle scelte operate dalla stazione appaltante in ordine all'opportunità di procedere o meno all'esame discrezionale di una supposta anomalia dell'offerta dei concorrenti collocati in posizione potiore»*, in linea con le caratteristiche della giurisdizione amministrativa di *«giurisdizione che si caratterizza di diritto soggettivo e non oggettivo, e cioè di mera tutela della legalità dell'azione amministrativa»* tali per cui l'utilità perseguita dal ricorrente *«deve porsi in rapporto di prossimità, regolarità ed immediatezza causale rispetto alla domanda di annullamento proposta e non restare subordinata da eventi, solo potenziali ed incerti, dal cui verificarsi potrebbe scaturire il vantaggio cui mira il contenzioso introdotto»*.

11. I principi di diritto qui riportati, affermati in un giudizio di impugnazione in cui il terzo classificato aveva contestato l'anomalia dei primi due concorrenti (oltre a dedurre censure comportanti l'annullamento dell'intera procedura di gara) valgono ad escludere che quanto ottenibile immediatamente mediante tempestiva impugnazione nei confronti delle prime due classificate, possa essere chiesto dopo che la posizione di queste in graduatoria si sia consolidata, e nondimeno nei confronti di una di queste l'amministrazione abbia esercitato l'autotutela. L'esercizio dell'autotutela è volto infatti alla cura del solo interesse dell'amministrazione: perciò non ne sono configurabili effetti di rimessione in termini a vantaggio di concorrenti collocati in graduatoria in posizioni successive, i quali sin dall'inizio avrebbero potuto contestare la partecipazione delle imprese meglio classificate, eventualmente per le stesse ragioni per cui nei confronti di alcune di queste la stazione appaltante ha agito in autotutela. La modifica della graduatoria di gara conseguente all'esercizio del potere di autotutela, consistito nell'esclusione di un concorrente, non determina infatti per gli altri un effetto lesivo, ma casomai produce per loro effetti favorevoli, legati allo scorrimento delle rispettive posizioni rispetto a quella iniziale: dunque la circostanza che ad esso non segua l'aggiudicazione è conseguente all'originaria posizione in graduatoria, che andava pertanto contestata tempestivamente.

12. Applicati i principi finora espressi al caso di specie non può valere a rimettere la Valbasento Lavori in termini l'esclusione dalla gara dell'originario aggiudicatario Consorzio AREM Lavori (disposta dall'ANAS con provvedimento in data 29 luglio 2019, prot. n. 439882), rispetto alla quale la successiva aggiudicazione a favore del raggruppamento temporaneo con capogruppo la Pype Lyne (a mezzo del provvedimento di prot. n. 574648 del 14 ottobre 2019),

impugnata nel presente giudizio, è atto consequenziale alla migliore posizione in graduatoria di quest'ultima rispetto all'odierna appellante.

13. I soli margini per un'impugnazione successiva dell'aggiudicazione consequenziale allo scorrimento in graduatoria a favore della seconda classificata possono ipotizzarsi solo in caso di illegittimità emerse in occasione di tale scorrimento, come ad esempio nel caso di verifica dei requisiti di partecipazione dichiarati in gara dalla medesima concorrente. Non è tuttavia questo il caso oggetto del presente giudizio dal momento che, come documentato nel giudizio di primo grado, all'esito dell'accesso agli atti di gara di cui si è fatta menzione, avvenuto per intero in data 1° agosto 2019, la Valbasento Lavori era a conoscenza delle pretese illegittimità concernenti la partecipazione alla gara del raggruppamento temporaneo con capogruppo la Pype Lyne. Ciò è evincibile dalla diffida in data 3 settembre 2019 che l'odierna appellante ha inviato all'ANAS al fine di non aggiudicare all'odierna controinteressata la gara, per l'asserita soluzione di continuità nell'attestazione di qualificazione SOA della mandante M.A. Costruzioni Generali.

14. In replica all'eccezione, nei propri scritti conclusionali la Valbasento Lavori ha sostenuto che al momento dell'approvazione della graduatoria e dell'aggiudicazione originaria in favore del Consorzio AREM Lavori essa ricorrente non avrebbe avuto alcun interesse ad agire, per l'inutilità del vantaggio che così si sarebbe conseguito, consistente nel solo scavalcamento in graduatoria della Pype Lyne, che tuttavia «*non sarebbe comunque stata l'eventuale aggiudicataria della gara, essendo primo in classifica un soggetto terzo*» (così in memoria conclusionale). L'assunto trascura che in conformità a quanto finora rilevato ai concorrenti classificati dalla terza posizione in giù della graduatoria è data facoltà di impugnare subito gli atti di gara, attraverso censure che investano la partecipazione di tutti i concorrenti meglio classificati o segmenti più o meno ampi della gara in sé.

15. Per contro, dal medesimo assunto si ricaverebbe l'inaccettabile corollario che per i medesimi concorrenti diversi dal secondo classificato, l'unica *chance* di impugnazione sarebbe rimessa all'eventuale esercizio del potere di autotutela della stazione appaltante nei confronti dell'aggiudicatario. Se portata all'estreme conseguenze, la tesi comporta che tutti i concorrenti in graduatoria dovrebbero attendere di volta in volta lo scorrimento a favore del concorrente classificato in posizione immediatamente precedente. L'aporia di un sistema così ipotizzato di impugnazioni a catena degli atti delle procedure di affidamento di contratti pubblici - invece improntato a regole di celere stabilizzazione degli effetti di gara, *in primis* in ragione del termine dimezzato a trenta giorni per ricorrere, ai sensi dell'art. 120, comma 2, Cod. proc. amm. - rende evidente l'insostenibilità delle argomentazioni dell'odierna appellante e, per converso della fondatezza dell'eccezione di inammissibilità riproposta dall'ANAS e dalla Pype Lyne nel presente giudizio d'appello.

16. In disparte, comunque, l'assorbente fondatezza di quest'ultima l'impugnazione della Valbasento Lavori sarebbe comunque infondata nel merito.

17. La Valbasento sostiene che la menzionata mandante M.A. Costruzioni Generali avrebbe perso la qualificazione nella categoria di lavori OG3, classifica III-*bis*, a decorrere dal rilascio, in corso di gara, dell'attestazione in data 28 novembre 2018, n. 4617/66/02, della ImpreSoa

s.p.a., in rinnovo di quella presentata ai fini della partecipazione alla gara, in cui tale categoria non è presente; e che a nulla varrebbe la successiva attestazione in data 3 gennaio 2019, n. 4665/66/02 del medesimo organismo SOA, in cui la mandante risulta qualificata nella categoria OG3, con accrescimento alla classifica IV. Per la Valbasento Lavori si sarebbe comunque determinata una cesura che in applicazione del principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici (espresso tra l'altro dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, con la sentenza 20 luglio 2015, n. 8), avrebbe dovuto condurre all'esclusione dalla gara della Pype Lyne.

18. Le contestazioni così sintetizzate sono tuttavia confutate dall'approfondimento istruttorio opportunamente svolto dall'ANAS, con richiesta di chiarimenti nei confronti dell'organismo SOA. In riscontro, quest'ultimo ha riferito alla stazione appaltante (con *e-mail* in data 2 ottobre 2019) che la prima attestazione ha risentito della necessità di verificare le date di ultimazione dei lavori, comunque antecedenti alla data rilevante per il rinnovo, di cui alle certificazioni a tal fine presentate dalla M.A. Costruzioni Generali, per cui una volta ottenuta tutta la documentazione la mandante ha potuto addirittura incrementare la propria classifica nella categoria OG3, inizialmente non presente. Il chiarimento vale a fugare ogni dubbio in ordine ad un caso di cui è palese la singolarità, in cui cioè a fronte di un'apparente perdita della qualificazione nella categoria in questione, nell'arco temporale di poco più di un mese l'operatore economico ha addirittura incrementato la propria classifica. La plausibile spiegazione data dall'organismo SOA consente di escludere soluzioni di continuità nella qualificazione della M.A. Costruzioni Generali, che nella prospettazione dell'odierna appellante finisce per risolversi nel predicare un astratto valore novativo dell'attestazione di qualificazione rilasciata dall'organismo SOA in sede di rinnovo di quella originaria, avulso da un esame del concreto andamento del relativo procedimento, all'esito del quale è emerso, sulla base dei chiarimenti forniti da quest'ultimo alla stazione appaltante, che l'operatore economico ha mantenuto le qualificazioni necessarie per l'esecuzione in appalto dei lavori assunti nell'ambito del raggruppamento temporaneo di imprese di cui è parte.

19. L'appello va respinto, dacché discende la conferma della dichiarazione di inammissibilità del ricorso di primo grado, sebbene per le diverse ragioni esposte nella presente sentenza. Nondimeno, per la natura delle questioni controverse le spese di causa possono essere compensate tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e conferma la sentenza di primo grado con diversa motivazione.

Compensa le spese di causa.

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