

### 1.3. Legittimazione a ricorrere

Passando all'esame delle condizioni dell'azione, occorre soffermarsi in apertura sulla legittimazione a ricorrere (*legitimatio ad causam*, o «*possibilità giuridica dell'azione*»), intesa quale **titolarità di una situazione giuridica soggettiva qualificata e tutelata** dall'ordinamento, ovvero quale «*speciale posizione qualificata del soggetto che lo distingue dal quisque de populo rispetto all'esercizio del potere amministrativo*»<sup>7</sup>.

Per adire il giudice amministrativo non è dunque sufficiente il generico interesse al ripristino della legalità dell'azione amministrativa, richiedendosi piuttosto una posizione differenziata, qualificabile di norma come interesse legittimo<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9; 3 giugno 2011, n. 10, e 7 aprile 2011, n. 4; v. anche, *ex multis*, Sez. IV, 19 novembre 2015, n. 5278; Sez. III, 2 febbraio 2015, n. 489. Vedi Cass., sezioni unite, 16 febbraio n. 29016, n. 2951, in *Il Corriere giuridico*, 4/2016, 573, secondo cui occorre distinguere tra legittimazione ad agire che spetta a chi fa valere in giudizio un diritto come titolare-la cui carenza può essere eccepita in ogni stato e grado del procedimento – e la titolarità del diritto vantato in giudizio che attiene al merito della causa e che l'attore ha l'onere di allegare e provare, ma che può essere provata anche in forza del comportamento processuale del convenuto, se svolge difese incompatibili con la contestazione della titolarità. Ne deriva che il convenuto, se si costituisce tardivamente, accetta il giudizio nello stato e grado in cui si trova, e con le preclusioni maturate, e si vede preclusa la possibilità di negare la titolarità del diritto non rilevabile d'ufficio.

<sup>8</sup> Ad esempio, nelle controversie aventi ad oggetto gare di appalto, secondo l'orientamento ormai nettamente prevalente la legittimazione a ricorrere (e quindi la situazione differenziata e qualificata) è correlata alla partecipazione alla procedura di gara contestata, onde l'impresa che abbia volontariamente e liberamente omesso di partecipare è titolare di un mero interesse di fatto, come tale non azionabile, al rinnovo della competizione. Peraltro, la partecipazione è titolo di legittimazione necessario ma non sufficiente qualora l'impresa sia stata legittimamente esclusa dalla competizione (o vi abbia illegittimamente partecipato). La partecipazione non si rende necessaria ai fini della legittimazione solo qualora si contesti in radice l'indizione o la mancata indizione della gara, ovvero si impugnino direttamente le clausole del bando in quanto asseritamente escludenti (da ultimo, Cons. St., Sez. V, 25 marzo 2016, n. 1242, e 30 dicembre 2015, n. 5862; cf. anche 23 ottobre 2013, n. 5131; 21 giugno 2013, n. 3404; Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4). T.a.r. Catanzaro, sentenza 2 febbraio 2017, n. 145, ha da ultimo rilevato che *anche se di regola nelle gare pubbliche i appalto è sufficiente l'interesse strumentale del partecipante ad ottenere la riedizione della gara stessa, deve in ogni caso ritenersi che un tale interesse non sussiste in capo al soggetto legittimamente escluso dato che tale soggetto, per effetto dell'esclusione, rimane privo non soltanto del titolo legittimante a partecipare alla gara ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle scansioni procedurali; il suo interesse protetto, invero, da qualificare interesse di mero fatto, non è diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo a impugnare gli atti, pur essendo portatore di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione, al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di riedizione della nuova gara*. Sulla materia vedi la riunione della Corte di Giustizia ad opera di Tar Liguria, sez. II, ord. n. 263/2017, di cui parliamo nel cap. IV, par. 8.6.

Poiché l'indagine circa la sussistenza delle condizioni dell'azione precede logicamente l'esame del merito, la titolarità del rapporto sostanziale non va verificata *secundum eventum litis* bensì in astratto, **alla stregua della prospettazione di parte**. Si tratta, in sostanza, di individuare la situazione giuridica dedotta in giudizio.

Di regola, la **legittimazione corrisponde alla titolarità** della situazione giuridica soggettiva dedotta, come si ricava dal primario canone costituzionale dell'art. 24 Cost. e, *a contrario*, dall'art. 81 c.p.c., a mente del quale «*Fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui*»<sup>9</sup>.

Nel processo civile rivestono dunque carattere eccezionale, e sono di stretta interpretazione, le ipotesi in cui un soggetto può agire a tutela di una situazione giuridica altrui (c.d. «*sostituzione processuale*»).

Si pensi al caso paradigmatico dell'**azione surrogatoria** del creditore nell'esercizio dei diritti spettanti al debitore verso i terzi, esperibile «*purché i diritti e le azioni abbiano contenuto patrimoniale e non si tratti di diritti o di azioni che, per loro natura o per disposizione di legge, non possono essere esercitati se non dal loro titolare*» (art. 2900 c.c.).

Alla luce delle specificità che connotano il giudizio amministrativo, in cui viene in considerazione l'esercizio del potere amministrativo, l'ammissibilità di fenomeni di tal genere pare doversi escludere<sup>10</sup>, salvi i casi di giurisdizione esclusiva in cui si controverta di situazioni di diritto soggettivo (a carattere patrimoniale).

<sup>9</sup> In questo senso, TRGA, Trento, 21 novembre 2018, n. 256, ha valutato come inammissibile il ricorso proposto da alcuni genitori e volto a sottrarsi all'obbligo di sottoporre i figli minorenni all'obbligo vaccinale imposto dal D.L. 7 giugno 2013, n. 73, convertito nella L. 31 luglio 2017, n. 119. La legittimazione vantata dai ricorrenti riposava infatti sul dichiarato intento di sottrarsi al detto obbligo, non integrante un interesse tutelabile in giudizio, presupposto costituzionale dell'agire in giudizio ai sensi dell'art. 24, comma 1 Cost., in quanto riconosciuto come tale e non contestato. In senso conforme, T.A.R. Valle d'Aosta, 12 ottobre 2018, n. 48, ha ritenuto inammissibile un ricorso proposto da un istituto bancario avverso il provvedimento di acquisizione al patrimonio comunale di un immobile sul quale è stato realizzato un abuso da un terzo destinatario di un mutuo ipotecario, sul rilievo che l'eventuale mancata inottemperanza comporti l'acquisizione dell'immobile al patrimonio comunale con perdita del credito ipotecario.

<sup>10</sup> La proposizione di un'azione di annullamento è subordinata alla sussistenza, in capo al ricorrente, della titolarità di una posizione giuridica configurabile come interesse legittimo. Di conseguenza, in materia di subappalto, va escluso che il subappaltatore sia legittimato ad impugnare il diniego di autorizzazione al subappalto adottato nei confronti dell'appaltatore, che è il soggetto titolare dell'interesse concreto ed attuale a ricorrere a questa particolare modalità adempitiva del contratto d'appalto. Ne segue che l'impugnazione del diniego da parte del subappaltatore integra gli estremi di una non consentita ipotesi di sostituzione processuale. (T.A.R. Roma (Lazio), sez. III, 8 settembre 2017, n. 9638.

Si è infatti rilevato che, *«perché un interesse possa essere tutelabile con un'azione giurisdizionale amministrativa, deve essere, oltre che attuale, 'personale', ossia differenziato dall'interesse generico di ogni cittadino alla legalità dell'azione amministrativa. Anche la lesione da cui discende l'interesse all'impugnativa, oltre che attuale, deve essere 'diretta', nel senso che incide in maniera immediata sull'interesse legittimo della parte ricorrente... È quindi da ritenere inammissibile, per difetto di legittimazione all'azione, il ricorso giurisdizionale proposto da un soggetto giuridico in luogo di un altro direttamente leso da un provvedimento amministrativo, in quanto, poiché la legittimazione presuppone l'esistenza di un interesse giuridicamente protetto in capo al soggetto che propone l'azione giurisdizionale, esso non può surrogarsi al destinatario dell'atto impugnato, ossia di colui che risente direttamente degli effetti lesivi di quest'ultimo, perché ciò non è consentito dal vigente ordinamento processuale»*<sup>11</sup>.

Un fenomeno di sostituzione processuale che interessa in particolare l'azione giurisdizionale amministrativa è l'**azione popolare** prevista dall'**art. 9 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267**, secondo cui *«Ciascun elettore può far valere in giudizio le azioni e i ricorsi che spettano al comune e alla provincia»*.

La giurisprudenza ha sottolineato la natura *«sostitutiva o suppletiva»* di tale azione, basata su una *«legittimazione speciale»* che, *«pur non fondata sulla titolarità propria e diretta di una posizione giuridica, costituisce tuttavia titolo autonomo – fondato solo sulla previsione di legge e sul presupposto (essere cittadino elettore) da questa previsto – per adire il giudice (ancorché la titolarità delle posizioni giuridiche che si intendono tutelare è dell'ente locale)»*<sup>12</sup>.

Un'altra fattispecie di azione popolare è oggi contemplata nell'**art. 130, comma 1, c.p.a.**, che consente a *«qualsiasi candidato o elettore dell'ente della cui elezione si tratta»* di impugnare dinanzi al giudice amministrativo l'atto di proclamazione degli eletti nelle **competizioni elettorali** relative a comuni, province, regioni e Parlamento europeo (può parlarsi di azione popolare solo con riguardo all'elettore, mentre il candidato risulta all'evidenza legittimato secondo i parametri ordinari).

<sup>11</sup> Così Cons. St., Sez. V, 13 maggio 2014, n. 2439, che ha ritenuto inammissibile l'azione surrogatoria proposta dal creditore (curatela fallimentare) per l'annullamento della revoca di un finanziamento concesso al proprio debitore. Da ultimo, Tar Lazio, Roma, Sez. I, 22 gennaio 2016, n. 778, ha parimenti affermato che *«non può ammettersi nel nostro ordinamento una azione surrogatoria da parte di un soggetto esponenziale ogni volta che il provvedimento impugnato abbia una incidenza diretta ed immediata nella sfera giuridica di altri soggetti giuridici, i quali soltanto subiscono il pregiudizio economico derivante dalla supposta erronea applicazione di norme di legge»*.

<sup>12</sup> Cons. St., Sez. IV, 9 luglio 2011, n. 4130.

Sempre con riferimento alle connotazioni generali della legittimazione a ricorrere, mette conto rilevarne l'**autonomia** rispetto all'istituto parallelo della c.d. «**legittimazione procedimentale**», che ai sensi degli artt. 7 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, fonda la pretesa ad essere destinatari dell'avviso di avvio del procedimento amministrativo o, quantomeno, all'intervento nello stesso.

Secondo l'orientamento attualmente maggioritario<sup>13</sup>, non sussiste necessaria identità tra il titolo che consente la partecipazione procedimentale e quello che legittima all'azione giurisdizionale – e non può, quindi, farsi discendere automaticamente la legittimazione a ricorrere dalla pregressa partecipazione procedimentale – atteso che quest'ultima non necessariamente richiede la titolarità di una situazione giuridica soggettiva differenziata e tutelata dall'ordinamento, indefettibile presupposto per l'accesso alla tutela giurisdizionale, ben potendo giustificarsi nella mera possibilità di fornire all'amministrazione un apporto collaborativo in sede istruttoria (c.d. *partecipazione collaborativa*).

### *1.3.1. La legittimazione a ricorrere con riferimento agli interessi superindividuali*

Delicate questioni ricostruttive ed interpretative sono insorte in punto di legittimazione ad agire con riguardo agli **interessi c.d. «superindividuali»**, in quanto il giudizio amministrativo risulta strutturato in senso funzionale alla tutela di una situazione giuridica soggettiva, l'interesse legittimo, storicamente intesa quale situazione di vantaggio differenziata e qualificata, afferente ad un *singolo* individuo, e perciò connotata, tra l'altro, in termini di «*personalità*».

Nel *genus* degli interessi superindividuali, propri di una generalità indeterminata di soggetti, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso la giurisprudenza ha cominciato a distinguere tra **interessi diffusi** ed interessi collettivi.

I primi si caratterizzano per essere «**adespoti**», ovvero privi di titolare in quanto «*comuni a tutti gli individui di una formazione sociale non organizzata e non individuabile autonomamente*». Come tali, detti interessi non risultano azionabili dinanzi al giudice amministrativo, difettandone la riferibilità ad un soggetto differenziato.

Per recuperare il titolo legittimante si è dunque operata una sorta di «*soggettivizzazione*» degli interessi diffusi, enucleando la categoria degli **interes-**

<sup>13</sup> Cons. St., Sez. II, parere 24 febbraio 2016, n. 469; Sez. IV, 25 giugno 2013, n. 3458, e Tar Lazio, Roma, Sez. II, 19 marzo 2014, n. 3012.

**si collettivi, quali interessi comuni ad una pluralità di soggetti appartenenti ad una categoria o gruppo omogeneo non occasionale, stabilmente organizzato e rappresentato da un ente esponenziale** cui gli interessi stessi risultano unitariamente imputabili<sup>14</sup>.

La presenza di un autonomo ed individuato centro di imputazione rende tali interessi assimilabili all'interesse legittimo, senza che insorgano particolari questioni di legittimazione ad agire, potendosene riconoscere agevolmente la titolarità in capo al soggetto esponenziale.

E ciò, quantomeno, nel caso di ente esponenziale pubblico, o comunque previsto a livello normativo quale soggetto istituzionalmente deputato alla tutela degli interessi del gruppo (enti territoriali, sindacati, ordini professionali), perché in tale ipotesi la legittimazione ad agire discende direttamente dalla legge.

La questione permane, invece, con riferimento agli **enti esponenziali spontanei** (ad esempio, le associazioni di protezione ambientale o le associazioni di consumatori), per i quali la giurisprudenza ha nel tempo enucleato una serie di parametri di riconoscimento della legittimazione a ricorrere.

Abbandonato il criterio formale della personalità giuridica dell'ente, originariamente adottato, a partire dalla celebre **Adunanza Plenaria 19 ottobre 1979, n. 24**, il Consiglio di Stato ha considerato dirimente il requisito sostanziale dell'**effettiva rappresentatività** degli interessi del gruppo, indirizzando quindi lo sforzo esegetico sull'individuazione di idonei indici rivelatori di tale attributo.

Appare ormai consolidato, nell'esperienza giurisprudenziale<sup>15</sup>, il riferimento a tre parametri cumulativi<sup>16</sup>.

In primo luogo, si assegna rilievo alle **finalità statutarie** dell'ente, che devono consistere nella tutela dell'interesse collettivo di cui lo stesso si assume portatore.

È parimenti ritenuto significativo che l'ente risulti dotato di un'**organizzazione sufficientemente stabile**, idonea allo svolgimento in forma continuativa dell'attività di protezione degli interessi.

---

<sup>14</sup> A tale proposito il Consiglio di Stato, sez. III, 09 agosto 2017, n. 3972, ha precisato che il sindacato non è legittimato ad agire in giudizio se l'interesse dedotto riguarda solo una parte delle categorie rappresentate o singoli associati. Infatti, la legittimazione ad impugnare atti concernenti sigoli iscritti sussiste soltanto se ed in quanto i provvedimenti concretino anche una lesione dell'interesse collettivo statutariamente tutelato, altrimenti si configurerebbe l'ipotesi non consentita di sostituzione processuale.

<sup>15</sup> Orientamento avallato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 2 novembre 2015, n. 9.

<sup>16</sup> Cons. St., sez V, 04/11/2016, n. 4628.

Trova generalizzata applicazione anche un ulteriore criterio, concernente la c.d. «*vicinitas*», secondo cui l'interesse deve essere localizzato in una zona, più o meno circoscritta, comunque determinata.

In ogni caso, è poi necessaria la verifica dell'insussistenza di un contrasto tra l'interesse azionato dall'ente esponenziale e quello afferente a singoli consociati<sup>17</sup>.

Merita, da ultimo, ribadire come appaia attualmente recessivo l'indirizzo pretorio, cui sopra si è fatto cenno, che ai fini della legittimazione processuale degli enti rappresentativi di interessi collettivi assegna rilevanza alla c.d. «*legittimazione procedimentale*», desumibile per gli enti esponenziali dall'art. 9 legge n. 241/1990, secondo cui «*i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento*».

### *1.3.2. Le ipotesi di legittimazione speciale ex lege in materia di ambiente, consumo, servizi, concorrenza e appalti pubblici*

Tendono a moltiplicarsi, nel nostro ordinamento, le ipotesi di riconoscimento legislativo della legittimazione degli enti esponenziali spontanei di protezione di interessi superindividuali, in concomitanza con la crescente valorizzazione delle esigenze di tutela delle «*formazioni sociali*» in cui si svolge la personalità dell'individuo ai sensi dell'art. 2 Cost.

Si procede ad esaminare le fattispecie più significative.

#### a) Il caso più risalente concerne le **associazioni di protezione ambientale**.

L'**art. 18, comma 5, legge 8 luglio 1986, n. 349**, dispone che «*Le associazioni individuate in base all'articolo 13 della presente legge possono intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi*». A sua volta, l'art. 13, primo comma, prevede che «*Le associazioni di protezione ambientale a carattere nazionale e quelle presenti in almeno cinque regioni sono individuate con decreto del Ministro dell'ambiente sulla base delle finalità programmatiche e dell'ordinamento interno democratico previsti dallo statuto, nonché della continuità dell'azione e della sua rilevanza esterna*».

Si osserva, per completezza, che alle associazioni ambientaliste riconosciute sono state successivamente attribuite ulteriori ipotesi di speciale *legittimatio ad causam*. Si tratta, in particolare, della legittimazione ad agire per l'annullamento delle **autorizzazioni paesaggistiche**, prevista dall'art. 146, comma 12, del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, e della legittimazione ad impu-

<sup>17</sup> Cons. St., Sez. V, 14 febbraio 2012, n. 717; Sez. IV, n. 36/2014; Tar Lazio, Roma, Sez. III, 20 settembre 2016, n. 9846.

gnare gli atti e provvedimenti adottati in materia di **danno ambientale**, che l'art. 310 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, riconosce alle «*organizzazioni non governative che promuovono la protezione dell'ambiente*» individuate con il decreto ministeriale ex art. 13 citato.

b) Sulla falsariga della disciplina dell'art. 18 legge n. 349/1986, gli **artt. 139 e 140 del Codice del consumo**, approvato con d.lgs. 6 settembre 2006, n. 205, hanno disegnato un altro caso di legittimazione speciale (già previsto dalla legge 30 luglio 1998, n. 281), in favore delle **associazioni dei consumatori e degli utenti** inserite nell'elenco ministeriale di cui all'art. 137 del Codice, le quali possono agire per la tutela inibitoria degli «*interessi collettivi*» di tali categorie di soggetti, anche dinanzi al giudice amministrativo.

Tra gli interessi tutelabili, indicati nell'art. 2 del Codice, sono infatti espressamente ricompresi quelli attinenti alla «*erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza*», mentre, ai sensi del comma 11 dell'art. 140, «*resta ferma la giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici ai sensi dell'art. 133, comma 1, lettera c), del codice del processo amministrativo*».

c) Dà luogo ad una forma di legittimazione speciale anche **l'azione per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici** di cui all'**art. 1 del d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198**, volta a «*ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio*», che può essere proposta, oltre che «*dai singoli titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori*» (primo comma), anche da «*associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati*» (quarto comma).

Sulla speciale azione, espressamente devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 4, ultimo comma), si rimanda al Manuale amministrativo, parte I, sez. I, cap. 1, par. 7.2.2.

d) Altre due ipotesi di legittimazione speciale sono previste dall'art. 4 della legge 11 novembre 2011, n. 180 (c.d. «*statuto delle imprese*») in favore delle **associazioni di categoria delle imprese** rappresentate in almeno cinque camere di commercio, ovvero nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, e delle loro articolazioni territoriali e di categoria.

Innanzitutto, dette associazioni possono proporre azioni «*sia a tutela di interessi relativi alla generalità dei soggetti appartenenti alla categoria professionale, sia a tutela di interessi omogenei relativi solo ad alcuni soggetti*» (primo comma, prima parte).

Vengono dunque confermati gli esiti dell'elaborazione giurisprudenziale in punto di legittimazione alla tutela degli interessi collettivi da parte degli enti esponenziali; nella seconda parte del primo comma, l'art. 4 introduce

poi un innovativo riferimento agli «*interessi omogenei*» di «*alcuni*» appartenenti alla categoria, così imponendo un ripensamento del tradizionale limite individuato pretoriamente nell'impossibilità di agire a tutela delle posizioni di singoli iscritti, onde evitare un potenziale conflitto con gli interessi dell'intera categoria e degli altri iscritti.

Con una disposizione altrettanto singolare, il secondo comma dell'art. 4 prevede infine che «*le associazioni di categoria maggiormente rappresentative a livello nazionale, regionale e provinciale sono legittimate ad impugnare gli atti amministrativi lesivi degli interessi diffusi*».

Anche in tal caso la norma presenta aspetti innovativi rispetto ai consolidati approdi giurisprudenziali che ritengono l'interesse diffuso non azionabile in quanto adespota, mentre nella fattispecie normativa sussiste un ente esponenziale (l'associazione di categoria) cui sono imputabili gli interessi, onde dovrebbe parlarsi, a rigore, di interesse collettivo e non diffuso.

e) Da ultimo, non può omettersi un cenno alla legittimazione riconosciuta dall'**art. 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287** (introdotto dall'art. 35 d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito nella legge 22 dicembre 2011, n. 214), all'**Autorità garante della concorrenza e del mercato**, la quale può «*agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato*». L'azione è soggetta al rito abbreviato di cui agli artt. 119 ss. c.p.a.<sup>18</sup>.

La norma ha acceso un vivace **dibattito sul corretto inquadramento sistematico del potere attribuito all'AGCM**.

Parte della dottrina ha sollevato dubbi di compatibilità con l'assetto costituzionale delle tutele giurisdizionali, ed in particolare con l'art. 103, ritenendo che la norma abbia introdotto un'eccezionale forma di giurisdizione di diritto oggettivo, finalizzata alla tutela di un interesse generale e non ancorata alla titolarità di una situazione giuridica soggettiva, qualificata e differenziata.

Secondo un diverso orientamento, che appare attualmente prevalente<sup>19</sup>, il potere di azione dell'Autorità rientra invece nell'alveo della tradizionale giurisdizione di tipo soggettivo, configurandosi l'interesse azionato alla concorrenza come una particolare forma di interesse legittimo, la cui cura viene affidata ad un soggetto pubblico.

<sup>18</sup> Sui caratteri dell'azione, cfr., *ex multis*, Cons. St., Sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323.

<sup>19</sup> Per le varie tesi si rinvia a R. Giovagnoli, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Cfr. anche Tar Lazio, Roma, Sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720, che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21-bis.



In altri termini, la concorrenza è un vero e proprio «*bene della vita*», peraltro difficilmente giustiziabile *ex se*, non essendo sovente individuabili rispetto a tale bene soggetti privati in posizione differenziata, analogamente a quanto si verifica per gli interessi diffusi<sup>20</sup>.

La soluzione adottata dal legislatore del 2011 ricalca quella a suo tempo prescelta dalla giurisprudenza per garantire tutela agli interessi diffusi, mediante «*soggettivizzazione*» degli stessi in interessi collettivi, con attribuzione della titolarità all'ente esponenziale, con l'unica particolarità che, nell'art. 21-*bis*, l'ente esponenziale coincide con il soggetto pubblico istituzionalmente deputato alla tutela del bene<sup>21</sup>.

- f) Conclusioni non diverse vanno articolate per **la legittimazione speciale dell'ANAC a impugnare bandi, atti generali e atti delle gare pubbliche relativi a contratti di rilevante impatto, affetti da vizi di particolare gravità**. L'articolo 211, commi 1 *bis* e seguenti del codice dei contratti pubblici, aggiunto dall'articolo 52 *ter* del d.l. n. 50/2017, conv. dalla legge n. 96/2017, estende all'autorità anticorruzione una legittimazione ricalcata sul modello fin qui esaminato dell'AGCM, imperniato sulla personalizzazione degli interessi diffusi in capo a un ente pubblico

---

<sup>20</sup> Le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno chiarito che il mercato riceve tutela «*in quanto luogo nel quale si esplicita la pretesa di autoaffermazione economica della persona attraverso l'esercizio della impresa, è perciò stesso luogo della competizione, cosicché ogni comportamento di mercato che riduce tale competitività diminuisce la possibilità per chiunque di esercitare liberamente la propria pretesa di autoaffermazione*» (sentenza 4 febbraio 2005, n. 2207). Cons. St., Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246, ha efficacemente sottolineato che «*è coerente con il bene giuridico protetto dalla norma (la libertà di concorrenza ed il corretto funzionamento del mercato) e con le finalità che con esse si intende perseguire (la crescita e lo sviluppo economico) la previsione che l'accertamento della violazione delle norme in questione e il loro ripristino, per un verso, trascenda l'interesse specifico del singolo operatore del mercato e sia pertanto sottratto alla libera disponibilità dell'interessato (il che giustifica la disposizione nella parte in cui ammette sostanzialmente una legittimazione ad agire concorrente, dell'Autorità e dei singoli interessati, quanto ai provvedimenti lesivi del predetto bene giuridico), e, per altro verso, la tutela debba avviarsi per quanto possibile immediatamente, in tal modo dovendo essere intesa la legittimazione ad agire dell'Autorità nei confronti dei regolamenti e dei provvedimenti generali (atti che, secondo i principi generali, in quanto in genere non immediatamente lesivi, possono essere impugnati solo unitamente ai provvedimenti di cui costituiscono applicazione)*». Da ultimo, v. anche Cons. St., Sez. V, 22 marzo 2016, n. 1164.

<sup>21</sup> Come osserva R. Giovagnoli, *Atti amministrativi*, op. cit., «*L'AGCM sarebbe, dunque, titolare di un interesse sostanziale protetto dall'ordinamento, nella specie di interesse legittimo. Non vi sarebbe, allora, alcuna deroga in punto di legittimazione: l'AGCM ricorre perché ha un interesse personale, specifico e qualificato al rispetto delle norme sulla concorrenza, in quanto quelle norme ne delimitano prerogative e competenza e, dunque, gli atti, regolamentari o amministrativi, lesivi della concorrenza si traducono nella lesione di quella specifica posizione soggettiva*».

rappresentativo, nel quadro di una giurisdizione soggettiva con profili di specialità.

Si rinvia alle considerazioni analitiche svolte sul tema nel terzo tomo di quest'opera.

#### 1.4. Interesse a ricorrere

È ascrivibile alla categoria delle condizioni dell'azione anche l'interesse a ricorrere.

L'applicabilità al processo amministrativo dell'**art. 100 c.p.c.** («*per proporre una domanda o per resistere alla stessa è necessario avervi interesse*»), sempre pacificamente ritenuta, risulta oggi confermata in virtù del rinvio esterno operato dall'**art. 39, comma 1, c.p.a.**, alle norme del codice di rito che siano espressione di principi generali.

Anche nel Codice si rinvengono, peraltro, numerosi riferimenti all'interesse. Ad esempio, nel **terzo comma dell'art. 34**, secondo cui, «*quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori*», e nell'**art. 35, primo comma, lett. b) e c)**, in forza del quale il ricorso è dichiarato inammissibile o improcedibile in caso, rispettivamente, di originario o sopravvenuto «*difetto di interesse*». La locuzione «*interesse a ricorrere*» compare, invece, soltanto nell'**art. 13, comma 4-bis**, in tema di competenza territoriale.

Secondo la definizione corrente, l'interesse si sostanzia nell'utilità o vantaggio (materiale o morale) ricavabile dall'accoglimento del gravame<sup>22</sup>.

Esso presuppone, dunque, sia una lesione della situazione giuridica soggettiva del ricorrente derivante dall'esercizio dell'attività amministrativa, sia la possibilità di eliminare o riparare il pregiudizio, o quantomeno conseguire un vantaggio, attraverso il processo amministrativo.

Per giurisprudenza costante, l'interesse a ricorrere deve essere connotato dai predicati della **personalità** (deve riguardare specificamente e direttamente il ricorrente in quanto titolare di una posizione differenziata e qualificata, e non dissolversi nel generico interesse alla legalità dell'azione amministrativa), dell'**attualità** (deve sussistere al momento della proposizione del ricorso e sino alla decisione, non essendo sufficiente una mera eventualità di

<sup>22</sup> Osserva Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9 che l'interesse si identifica nel «*bisogno di tutela giurisdizionale*», nel senso che il ricorso al giudice deve presentarsi come indispensabile per porre rimedio allo stato di fatto lesivo; è dunque espressione di economia processuale, manifestando l'esigenza che il ricorso alla giustizia rappresenti *extrema ratio*».

lesione) e della **concretezza** (l'interesse va valutato con riferimento ad una effettiva lesione della situazione giuridica soggettiva del ricorrente)<sup>23</sup>.

Ai fini della positiva valutazione circa la sussistenza dell'interesse, si deve necessariamente dimostrare che, nell'ipotesi di esito favorevole del giudizio, il ricorrente ritrarrebbe effettivamente un'utilità (principio della c.d. «**prova di resistenza**», che trova diffusa applicazione, ad esempio, nelle controversie in materia di gare d'appalto e concorsi pubblici, nonché nel contenzioso elettorale, ove si contesti la nullità delle schede di voto attribuite alle liste avversarie).

Giova altresì sottolineare che, in quanto condizione dell'azione, l'interesse deve permanere sino al momento della decisione: il difetto genetico determina dunque l'**inammissibilità** del ricorso (**art. 35, comma 1, lett. b**), mentre la carenza sopravvenuta dà luogo ad **improcedibilità** (**art. 35, comma 1, lett. c**)<sup>24</sup>.

**L'interesse deve essere riferito al bene della vita specificamente rivendicato**, con la conseguenza che la lesione certa di tale bene specifico impone l'immediata impugnazione dell'atto pregiudizievole, senza che assuma rilievo, in senso contrario, l'astratta conseguibilità di un bene analogo, appartenente al medesimo *genus*.

**L'adunanza plenaria, con sentenza n. 1/2012**, ha quindi ritenuto che, nel procedimento di **project financing**, l'atto con cui la stazione appaltante conclude negativamente per la ricorrente la c.d. prima fase di selezione di una proposta, da porre a base della successiva gara, sia immediatamente impugnabile da coloro che abbiano presentato proposte concorrenti in relazione alla medesima opera pubblica. Non è infatti dubitabile che *sia autonomamente lesivo e immediatamente impugnabile, da parte del soggetto*

---

<sup>23</sup> *Ex multis*, v. Tar Lazio, Roma, Sez. I bis, 8 settembre 2016, n. 9589, e Sez. III, 25 maggio 2016, n. 6136; Cons. St., Sez. V, n. 2439/2014, nonché, diffusamente, Sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 812. Sulle peculiari caratteristiche dell'interesse a ricorrere in materia edilizia, cfr. Cons. St., Sez. IV, 22 settembre 2014, n. 4764, secondo cui «*la c.d. "vicinitas", cioè la una situazione di stabile collegamento giuridico con il terreno oggetto dell'intervento costruttivo autorizzato, è sufficiente a radicare la legittimazione del confinante; non è necessario accertare, in concreto, se i lavori assentiti dall'atto impugnato comportino o no un effettivo pregiudizio per il soggetto che propone l'impugnazione in quanto la realizzazione di interventi che comportano un'alterazione del preesistente assetto urbanistico ed edilizio che è pregiudizievole "in re ipsa" in quanto consegue necessariamente dalla maggiore tropizzazione (traffico, rumore), dalla minore qualità panoramica, ambientale, paesaggistica, e dalla possibile diminuzione di valore dell'immobile; ciò esime, di norma, il Giudice da qualsiasi necessità di accertare, in concreto, se i lavori assentiti dall'atto impugnato comportino o no un effettivo pregiudizio per il soggetto che propone l'impugnazione*», nonché 6 giugno 2016, n. 2395.

<sup>24</sup> Si rinvia, sul tema, al successivo Capitolo 3.

*escluso, l'atto con cui la stazione appaltante dichiara che la sua proposta non è di pubblico interesse. Infatti, per i concorrenti non prescelti, la selezione di un altro promotore determina un definitivo arresto procedimentale, atteso che il loro progetto non sarà posto a base della successiva gara e che non vanteranno né il diritto ad essere aggiudicatari in mancanza di altre proposte, né il diritto di prelazione, né il diritto al rimborso delle spese sostenute.*

*È vero che possono partecipare alla successiva gara, ed esserne vincitori se presentano un progetto migliore di quello del promotore: ma sono in una posizione di pati rispetto al diritto potestativo di prelazione del promotore. In definitiva, il bene della vita nel procedimento di project financing è il conseguimento della concessione sulla base del progetto presentato nella prima fase, sicché, se tale progetto non viene selezionato come di pubblico interesse, è immediatamente lesivo l'interesse a conseguire la concessione sulla base del proprio progetto. In coerenza con i principi generali in tema di legittimazione e interesse al ricorso, l'atto di scelta del promotore è pertanto immediatamente e autonomamente lesivo, e immediatamente impugnabile da parte degli interessati. Non vi è semplice facoltà, ma onere, a pena di decadenza, di immediata impugnazione, sicché la scelta del promotore che non venga tempestivamente impugnata non potrà più essere contestata dopo la conclusione dell'intero procedimento.*

L'utilità ricavabile dall'accoglimento del ricorso non deve necessariamente involgere la sfera patrimoniale del ricorrente (interesse **materiale**), potendo consistere anche nella lesione del prestigio o dell'immagine del ricorrente, incidendo quindi – purché in via immediata e diretta – sulla sfera morale del soggetto (interesse **morale**)<sup>25</sup>.

Di regola, l'interesse ha carattere «**finale**», consistendo l'utilità divisata nel conseguimento diretto del «*bene della vita*» cui il ricorrente aspira.

Tuttavia, può trovare ingresso nel processo amministrativo quale condizione dell'azione anche un interesse di carattere meramente «**strumentale**» all'annullamento del provvedimento impugnato, volto alla **riedizione dell'attività amministrativa** a seguito della caducazione dell'atto lesivo, in

---

<sup>25</sup> Cfr. Cons. St., Sez. II, parere 29 febbraio 2016, n. 579. In una recente sentenza (4 aprile 2014, n. 518), la I Sezione del Tar Liguria ha puntualizzato la distinzione tra l'interesse morale al ricorso e l'interesse alla «*moralità*», quest'ultimo insuscettibile di valutazione dinanzi al giudice amministrativo. Tipiche ipotesi di rilevanza dell'interesse morale si hanno, in materia di affidamento di appalti pubblici, in caso di impugnazione immediata, anche disgiunta dall'atto applicativo, dell'informativa prefettizia antimafia ex art. 91 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, per lesione dell'immagine dell'impresa colpita (cfr. Cons. St., Ad. Plen., ord. 31 luglio 2014, n. 21). Sulla necessità di intendere in senso restrittivo i casi di rilevanza dell'interesse morale, v. Cons. St., Sez. VI, 22 febbraio 2013, n. 1089.

modo tale da restituire al ricorrente quantomeno la *possibilità* di ottenere il bene della vita, illegittimamente vanificata dal provvedimento gravato.

Tale situazione ricorre quando il risultato divisato non si realizza immediatamente con l'annullamento dell'atto impugnato, che rappresenta piuttosto un passaggio obbligato, ma non sufficiente a tali fini, occorrendo altresì la riedizione del potere amministrativo per «rimettere in gioco» il ricorrente.

Terreno d'elezione<sup>26</sup> della riflessione giurisprudenziale sull'interesse strumentale è la materia degli **appalti**, con riferimento all'interesse dell'impresa concorrente, non risultata aggiudicataria, alla rinnovazione integrale della procedura di gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico.

Negli ultimi anni, il tema è salito alla ribalta in quanto connesso con quello, come noto assai controverso, concernente il **rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale**.

Nel rinviare al capitolo 4 di questo tomo la trattazione sistematica della questione, occorre in questa sede evidenziare le ricadute del dibattito sull'intensità di tutela accordata all'interesse strumentale nella recente evoluzione giurisprudenziale.

Limitandosi ad una sintetica rassegna delle posizioni assunte dall'**Audinanza Plenaria** del Consiglio di Stato e dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, si osserva come nella decisione **10 novembre 2008, n. 11**, il massimo consesso amministrativo prospetti una notevole valorizzazione dell'interesse strumentale (v. infra et amplius Cap. 4, § 8.1. e Cap. 8, § 12.).

Con riferimento al caso di ammissione alla gara di due sole imprese, che proponcano – l'una con ricorso principale, l'altra con ricorso incidentale – doglianze volte a far accertare l'illegittima ammissione alla gara della controparte, la Plenaria ritiene infatti che, in base ai principi processuali sulla legittimazione e sull'interesse a ricorrere, il giudice deve comunque pronunciarsi su entrambi i ricorsi (quale che sia l'ordine di trattazione prescelto), al fine di garantire la posizione paritaria delle parti tutelando l'interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara.

Si assiste poi ad un «*ridimensionamento*» del rilievo dell'interesse strumentale, conseguente alla mutata concezione dei rapporti tra ricorso principale ed incidentale. Assegnando rilievo primario al principio della domanda ed all'ordine di trattazione delle questioni ex artt. 76 c.p.a. e 276 c.p.c., la successiva **sentenza 7 aprile 2011, n. 4**, perviene all'opposta conclusione per cui, dovendosi valutare prioritariamente il ricorso incidentale, qualora

---

<sup>26</sup> Ma non l'unico: ad esempio, sull'interesse strumentale all'annullamento dello strumento urbanistico generale, v. Cons. St., Sez. IV, 19 febbraio 2014, n. 760, e Tar Sicilia, Catania, Sez. I, 21 luglio 2016, n. 1951.

«escludente», la sua accertata fondatezza preclude in ogni caso al giudice la deliberazione del ricorso principale e, quindi, «travolge» l'interesse del ricorrente principale alla riedizione della gara.

Interviene sulla questione il **Giudice comunitario** che, con **sentenza 4 luglio 2013, in C-100/12** (c.d. «*sentenza Fastweb*»), contesta l'Adunanza Plenaria 7 aprile 2011, n. 4 nella parte in cui consente di omettere l'esame del ricorso principale in caso di accoglimento dell'impugnazione incidentale, affermando che «*il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare*».

Nel solco tracciato nel 2011 si innesta anche la richiamata **sentenza dell'Ad. Plen. 25 febbraio 2014, n. 9<sup>27</sup>**, in cui, sia pure con nuove argomentazioni, volte a sostenere la compatibilità della tesi già espressa con l'arresto della Corte di giustizia, si afferma la rilevanza dell'interesse strumentale ai fini dell'ammissibilità del ricorso «*solo in casi eccezionali, se ed in quanto collegato ad una posizione giuridica attiva protetta dall'ordinamento, la cui soddisfazione sia realizzabile unicamente attraverso il doveroso rinnovo dell'attività amministrativa, dovendosi rifiutare, a questi fini, il riferimento ad una utilità meramente ipotetica o eventuale che richiede per la sua compiuta realizzazione il passaggio attraverso una pluralità di fasi e atti ricadenti nella sfera della più ampia disponibilità dell'Amministrazione*». La verifica della sua sussistenza deve, pertanto, essere condotta con particolare rigore, per evitare di riconoscere al ricorrente vittorioso utilità ben maggiori di quelle legittimamente spettanti a tutela della posizione giuridica effettivamente lesa.

La Corte di Giustizia è intervenuta nuovamente sulla dibattuta questione con la sentenza 5 aprile 2016, in C-689-13 (c.d. «*sentenza Puligienica*»), che sviluppa e generalizza il principio espresso nella sentenza Fastweb, affermando che devono essere comunque scrutinate entrambe le impugnazioni, principale ed incidentale, indipendentemente dal numero di concorrenti e dalla natura dei vizi dedotti.

---

<sup>27</sup> V. anche Cons. St., Ad. Plen., 3 febbraio 2014, n. 8, che riconosce l'interesse strumentale in capo all'impresa collocatasi al terzo posto nella graduatoria di gara solo quando la stessa contesti la legittima partecipazione alla gara del secondo classificato.

In tal modo, risulta nettamente potenziato l'interesse strumentale alla riedizione della gara – nonché, più in generale, l'interesse alla legittimità delle procedure di affidamento di contratti pubblici.

Va segnalato che, da ultimo, **con sentenza 21 dicembre 2016, causa 355/2015** (commentato da D. Bottega su [italiappalti.it](http://italiappalti.it)) **la Corte di Giustizia dell'Unione Europea** ha rilevato che l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che a un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva sia negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto, allorché a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario e detto offerente sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa<sup>28</sup>.

Peraltro, con l'introduzione del rito *«super accelerato»* di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. (art. 204 d.lgs. n. 50/2016), il problema del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale risulta ampiamente depotenziato, quanto meno per le contestazioni relative all'individuazione dei soggetti ammessi a partecipare alla gara.

Come noto, in una prospettiva deflattiva del contenzioso, la norma dispone che l'omessa immediata impugnazione del provvedimento recante le esclusioni dalla procedura e le ammissioni *«all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali... preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale»*.

Un'ultima notazione in tema di interesse a ricorrere concerne la disposizione, richiamata in apertura, dell'**art. 34, comma 3, c.p.a.**, secondo cui va comunque accertata l'illegittimità dell'atto anche se, nel corso del giudizio, l'annullamento sia divenuto *«non più utile»* per il ricorrente, quando *«sussiste l'interesse ai fini risarcitori»*.

---

<sup>28</sup> Compatibile con l'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2016, è il principio secondo cui l'esame del ricorso principale, a fronte di un ricorso incidentale escludente, è doveroso quando l'accoglimento dello stesso produce un vantaggio, anche mediato e strumentale per il ricorrente principale. Mentre non viola il diritto europeo sull'effettività della tutela *in subiecta materia* una regola nazionale che impedisce l'esame del ricorso principale nell'ipotesi in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ricavi nessuna utilità. (Cons. St., sez. IV, 13 dicembre 2017, n. 5871). Inoltre, come affermato dal Cons. St., sez. V, 04 dicembre 2017, n. 5692, l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso qualora il ricorso incidentale sia infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile. Peraltro, sempre in materia di appalto, se le offerte sono inficiate dal medesimo vizio rendendole inammissibili, prioritario diventa l'esame del vizio. Dunque, in tali ipotesi è ammesso l'esame congiunto del ricorso principale ed incidentale.

La norma fa riferimento alla situazione in cui, in pendenza del giudizio caducatorio, l'atto impugnato venga sostituito da altro atto, sul quale viene perciò a trasferirsi l'interesse demolitorio del ricorrente. In tal caso, in ossequio al principio di economia degli strumenti processuali la norma prevede – in luogo della dichiarazione di sopravvenuta carenza di interesse – una sorta di conversione dell'azione caducatoria in azione di accertamento mero dell'illegittimità dell'atto a fini risarcitori.

Così disponendo, si ammette in sostanza che l'originario interesse a ricorrere di tipo annullatorio, nel corso del giudizio, possa «trasformarsi», o meglio ridursi nella sua estensione, in interesse risarcitorio, subordinatamente – almeno secondo l'interpretazione maggioritaria – ad un'espressa manifestazione di interesse del ricorrente alla prosecuzione del giudizio.

*1.4.1. L'interesse "presunto" a ricorrere nel rito super-accelerato di cui all'articolo 120, comma 2 bis, del codice del processo amministrativo*

A dir poco eccentrica rispetto al sistema sin qui delineato è la **previsione contenuta nell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., introdotto dall'art. 204 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.... L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale*» (vedi tomo 3, cap. 7, par. 8) (su cui v. specialmente infra Cap. 8, § 8). **L'elemento dirompente consiste nell'onerare i concorrenti dell'impugnazione di un atto** (l'ammissione degli altri competitori) in un **momento in cui** – non essendosi ancora svolta la gara – **l'interesse a ricorrere non è né attuale, né concreto**. E consiste, altresì, nel precludere l'impugnazione proprio quando – aggiudicata la gara – l'eventuale lesione si è consumata e l'interesse a ricorrere ha acquisito i caratteri di attualità e concretezza che gli sono propri<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> CGUE, sez. III, 28 novembre 2018, nella causa C-328/17, ha peraltro ritenuto che sia l'art. 1, par. 3 della direttiva 89/665 sia l'art. 1, par. 3 della direttiva 92/13 debbano essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale che non consente agli operatori economici di proporre un ricorso contro le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice relative ad una procedura di appalto alla quale essi hanno deciso di non partecipare, poiché la normativa applicabile a tale procedura rendeva molto improbabile che fosse loro aggiudicato l'appalto in questione. Tuttavia, spetta al giudice nazionale competente valutare in modo circostanziato se l'applicazione concreta di tale normativa non sia tale da ledere il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva degli operatori economici interessati.



In tal modo, la norma **scardina i più consolidati approdi giurisprudenziali in materia e si pone in sospetto contrasto tanto con il diritto di difesa enunciato nell'art. 24 Cost.**, quanto con la stessa «*direttiva ricorsi*» (direttiva 1989/665/CE e s.m.i.) nella parte in cui richiede che le procedure di ricorso previste negli ordinamenti degli Stati membri garantiscano una tutela efficace ed effettiva. Trattasi di una soluzione che, nell'imporre l'impugnazione delle altrui ammissioni, presenta un *forte tasso di innovatività* rispetto ai principi generali in tema di lesività degli atti e di interesse ad agire in giudizio ex art. 100 Cod. proc. civ., in modo da conferire alla tutela complessiva in materia di gare una «struttura bifasica» (così il parere n. 855 del 1° aprile 2016 del Consiglio di Stato).

La leva con cui la riforma agisce è, come detto, ***l'anticipazione differenziata dell'accesso al giudice***. Viene creato un rito peculiare volto a definire il perimetro dei soggetti che possono partecipare legittimamente alla gara. In termini pratici si va così a ripetere lo schema processuale di «tutela anticipata» dell'art. 129 Cod. proc. amm. sul giudizio contro le esclusioni dal procedimento preparatorio per le elezioni locali e regionali. Volendo ulteriormente semplificare è possibile concludere che, nel sub-rito in analisi, il Legislatore ha sostituito – come condizione dell'azione – l'interesse ad agire con una abilitazione (immediata e obbligatoria) a ricorrere, sanzionata dall'effetto decadenziale descritto che conseguirebbe da un mancato esercizio della prima fase di tutela.

**Lo scopo dell'intera operazione è evidente:** cercare di concentrare in uno stadio antecedente alla conclusione delle gare il contenzioso contro le ammissioni dei concorrenti sui requisiti di partecipazione che – storicamente – è quello che da sempre ha maggiormente caratterizzato il processo sugli appalti<sup>30</sup>. A ciò si aggiunga l'auspicato (dal Legislatore) effetto deflattivo e deterrente che discende dalla sommatoria tra le seguenti circostanze: *i*) lo stretto termine a ricorrere; *ii*) la possibile inutilità di un contenzioso mosso nei confronti di un *competitor* che potrebbe non risultare aggiudicatario da parte di un ricorrente che, al contrario, potrebbe risultare tale; *iii*) l'elevato livello oramai raggiunto dalla contribuzione unificata.

---

<sup>30</sup> Secondo Tar Campania, Napoli, Sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852: «*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*».