

Il rito super-accelerato in materia di appalti è compatibile alla normativa europea?

A cura di DAVIDE FAVARA

Sommario: 1. Normativa nazionale: l'introduzione del comma 2-bis all'art. 120 c.p.a. e la sua interpretazione – 2. Normativa europea: i principi in materia di diritto di difesa e di effettività della tutela – 3. Applicazioni problematiche della nuova disciplina: a) ordinanza TAR Piemonte, Sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88; b) rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

1. Normativa nazionale: l'introduzione del comma 2-bis all'art. 120 c.p.a. e la sua interpretazione

Nel diritto amministrativo esistono tre diversi riti in materia di appalti: il rito ordinario, il rito abbreviato (o accelerato) e quello super-speciale (o super-accelerato).

L'art. 120 c.p.a. (codice del processo amministrativo), rubricato “disposizioni specifiche ai giudizi di cui all'art. 119 co. 1 let. a)”, disciplina la procedura e i termini per l'impugnazione degli incarichi e dei concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative relativamente a pubblici lavori, servizi o forniture. Si occupa, altresì, dell'eventuale proposizione dei c.d. motivi aggiunti e del procedimento che un giudice deve seguire per poter emettere una sentenza con la quale definire una controversia.

Tale disposizione sancisce che: *“Gli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, nonché i provvedimenti dell'Autorità nazionale anticorruzione ad essi riferiti, sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente. Nel caso in cui sia mancata la pubblicità del bando, il ricorso non può comunque essere più proposto decorsi trenta giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva di cui all'art. 65 e all'art. 225 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, a condizione che tale avviso contenga la motivazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto senza previa pubblicazione del bando. Se sono omessi gli avvisi o le informazioni di cui al presente comma oppure se essi non sono conformi alle prescrizioni ivi contenute, il ricorso non può comunque essere proposto decorsi*

sei mesi dal giorno successivo alla data di stipulazione del contratto. 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, ai sensi dell'art. 29 co. 1 del codice dei contratti pubblici, adottato in attuazione della L. 28 gennaio 2016 n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. E' altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività. Salvo quanto previsto dal presente articolo e dai successivi, si applica l'art. 119. Quando è impugnata l'aggiudicazione definitiva, se la stazione appaltante fruisce del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, il ricorso è notificato, oltre che presso detta Avvocatura, anche alla stazione appaltante nella sua sede reale, in data non anteriore alla notifica presso l'Avvocatura, e al solo fine dell'operatività della sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto. Salvo quanto previsto al co. 6-bis, per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163, o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'art. 66 co. 8 dello stesso decreto; ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto. Per il ricorso incidentale la decorrenza del termine è disciplinata dall'art. 42. Il giudizio, ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Della data di udienza è dato immediato avviso alle parti a cura della segreteria, a mezzo posta elettronica certificata. In caso di esigenze istruttorie o quando è necessario integrare il contraddittorio o assicurare il rispetto di termini a difesa, la definizione del merito viene rinviata, con l'ordinanza che dispone gli adempimenti istruttori o l'integrazione del contraddittorio o dispone il rinvio per l'esigenza di rispetto dei termini a difesa, ad una udienza da tenersi non oltre trenta giorni. Al fine di consentire lo spedito svolgimento del giudizio in coerenza con il principio di sinteticità di cui all'art. 3 co. 2, le parti contengono le dimensioni del ricorso e degli altri atti difensivi nei termini stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio di Stato, sentiti il Consiglio nazionale forense e l'Avvocato generale dello Stato, nonché le associazioni di categoria riconosciute degli avvocati amministrativisti. [...]. Il medesimo decreto tiene conto del valore

effettivo della controversia, della sua natura tecnica e del valore dei diversi interessi sostanzialmente perseguiti dalle parti. [...]. Nei casi previsti al co. 2-bis, il giudizio è definito in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Su richiesta delle parti il ricorso è definito, negli stessi termini, in udienza pubblica. Il decreto di fissazione dell'udienza è comunicato alle parti quindici giorni prima dell'udienza. Le parti possono produrre documenti fino a dieci giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a sei giorni liberi prima e presentare repliche ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista della camera di consiglio, fino a tre giorni liberi prima. La camera di consiglio o l'udienza possono essere rinviate solo in caso di esigenze istruttorie, per integrare il contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale. L'ordinanza istruttoria fissa per il deposito di documenti un termine non superiore a tre giorni decorrenti dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della stessa. La nuova camera di consiglio deve essere fissata non oltre quindici giorni. L'appello deve essere proposto entro trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della sentenza e non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla sua pubblicazione. [...]. Il Tribunale amministrativo regionale deposita la sentenza con la quale definisce il giudizio entro trenta giorni dall'udienza di discussione; le parti possono chiedere l'anticipata pubblicazione del dispositivo, che avviene entro due giorni dall'udienza. Nei casi previsti al co. 6-bis, il tribunale amministrativo regionale deposita la sentenza entro sette giorni dall'udienza, pubblica o in camera di consiglio, di discussione; le parti possono chiedere l'anticipata pubblicazione del dispositivo, che avviene entro due giorni dall'udienza. Tutti gli atti di parte e i provvedimenti del giudice devono essere sintetici e la sentenza è redatta, ordinariamente, nelle forme di cui all'art. 74. Le disposizioni dei co. 2-bis, 3, 6, 6-bis, 8, 8-bis, 8-ter, 9, secondo periodo e 10 si applicano anche nel giudizio di appello innanzi al Consiglio di Stato, proposto avverso la sentenza o avverso l'ordinanza cautelare, e nei giudizi di revocazione o opposizione di terzo. La parte può proporre appello avverso il dispositivo, al fine di ottenerne la sospensione prima della pubblicazione della sentenza. Nel caso di presentazione di offerte per più lotti l'impugnazione si propone con ricorso cumulativo solo se vengono dedotti identici motivi di ricorso avverso lo stesso atto”.

Il rito abbreviato si applica a determinate materie, tassativamente indicate dall'art. 119 c.p.a., come quelle relative a controversie aventi ad oggetto: i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture (la materia degli appalti, salvo quanto previsto dall'art. 120 sopra citato); i provvedimenti adottati dalle Autorità amministrative indipendenti; i provvedimenti relativi alle procedure di privatizzazione o di dismissione di imprese o beni pubblici, nonché quelli relativi alla costituzione, modificazione o soppressione di società, aziende e

istituzioni da parte degli enti locali; i provvedimenti di scioglimento degli organi di governo degli enti locali e quelli connessi, che riguardano la loro formazione e il loro funzionamento; i provvedimenti relativi alle procedure di occupazione e di espropriazione delle aree destinate all'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità; ecc.

Occupiamoci ora del terzo rito in materia di appalti, quello c.d. super-accelerato, introdotto nel 2016.

Il D.L.vo 50/2016 (il c.d. codice dei contratti pubblici) ha introdotto un nuovo rito, quello super-accelerato per l'impugnazione degli atti di ammissione ed esclusione dei concorrenti da una gara di appalto, che è disciplinato dall'art. 120 co. 2-*bis* c.p.a.

Dopo che la stazione appaltante ha valutato i requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, ma prima dell'aggiudicazione, è stato previsto il termine di 30 gg. per impugnare il provvedimento di ammissione e/o di esclusione dalla procedura di affidamento. Tale termine decorre dalla comunicazione del provvedimento motivato al committente (*ex art. 29 D.L.vo 50/2016*), al quale deve essere reso disponibile in concreto.

L'intento del legislatore è stato quello di definire fin da subito i soggetti ammessi alla gara, in un momento antecedente rispetto a quello relativo all'esame delle offerte.

Se il provvedimento di aggiudicazione interviene in corso di causa, questo deve essere necessariamente impugnato con ricorso autonomo o con motivi aggiunti, in entrambi i casi con duplicazione degli oneri contributivi. In altre parole, la previsione di un rito *ad hoc* per la fase di ammissione/esclusione aggrava il partecipante alla gara dell'onere di proporre una doppia impugnazione, seppure nell'ambito dello stesso giudizio, qualora il provvedimento di aggiudicazione della gara, sia sopraggiunto quando il giudizio *ex art 120 co. 6-bis* non sia ancora definito; determinando con ciò un aggravio processuale ed economico.

Occorre, peraltro, sottolineare che esistono alcuni profili di criticità nel sistema: può accadere che venga censurata l'ammissione e/o la mancata esclusione di una ditta partecipante che, conclusa la gara, potrebbe non essere risultata aggiudicataria o il caso in cui la società ricorrente potrebbe, a conclusione del procedimento, porsi in una posizione tale da non avere alcun interesse a contestare l'aggiudicazione.

In entrambe le ipotesi si impone al ricorrente, partecipante alla gara, un onere inutile.

Può verificarsi, altresì, una differente ipotesi ovvero quella secondo la quale nessuna società fa valere tempestivamente la mancata esclusione di un partecipante, che poi risulterà aggiudicatario.

In questo caso, è preclusa la possibilità di fare valere vizi relativi all'illegittima ammissione della società aggiudicataria, con la conseguenza che potrebbe conseguire l'aggiudicazione una ditta priva

dei requisiti di partecipazione, nell'ipotesi in cui la stazione appaltante li abbia erroneamente valutati.

Nonostante i summenzionati profili di criticità, l'orientamento giurisprudenziale sulla nuova disciplina ritiene il rito super-accelerato conforme ai principi costituzionali. A tal proposito, si sostiene che la circostanza secondo cui, nella fase di ammissione, non sia ancora prospettata, in capo ad alcuno dei concorrenti, l'utilità finale rappresentata dall'aggiudicazione della gara d'appalto, non è ostativa all'emersione di un nuovo interesse (proprio e personale del concorrente), distinto dall'interesse generale alla correttezza e trasparenza delle procedure di gara.

La normativa in esame ritiene necessaria una tutela anticipata di tale interesse al fine di evitare regressioni del procedimento, per effetto dell'instaurarsi di ricorsi relativi ai vizi che, tenendo conto dei principi di buona fede e correttezza nello svolgimento delle trattative, i concorrenti potrebbero far rilevare già nella fase preliminare della gara.

Va, inoltre, evidenziato che il diritto di difesa a tutela dell'aggiudicazione dell'appalto non risulta minimamente limitato.

Ulteriore conferma sulla legittimità dell'introduzione di forme celeri per la risoluzione delle controversie amministrative trova riscontro in alcune sentenze della Corte Costituzionale, la quale afferma che deve essere comunque assicurato il rispetto di alcuni valori processuali fondamentali, quali l'integrità del contraddittorio nonché la completezza e sufficienza del quadro probatorio (v. sentt. n. 427 del 1999, n. 237 del 2007 e n. 191 del 2016).

Il TAR Lazio, sez. II, con la sentenza n. 8577/2017 ha aggiunto una precisazione: se l'anticipazione della tutela ad una fase antecedente l'aggiudicazione della gara, rende sicuramente più oneroso l'esercizio del diritto di difesa, per riequilibrare questa situazione è sufficiente un intervento del legislatore, riducendo il contributo unificato per il contenzioso.

Altro orientamento ha, viceversa, rilevato un possibile contrasto dell'art. 120 co. 2-bis c.p.a. con la Costituzione e con le fonti del diritto europeo.

Sul punto, è possibile richiamare la sentenza del T.A.R. Campania, Sez. IV, n. 5852 del 2016: *“il legislatore ha introdotto una sorta di presunzione legale di lesione, non direttamente correlata alla lesione effettiva e concreta di un bene della vita secondo la dimensione sostanzialistica dell'interesse legittimo”*. Il nuovo rito super-accelerato sembra, dunque, porsi in contrasto con le garanzie costituzionali di cui agli artt. 24 e 113 cost. poiché devono essere immediatamente impugnati i provvedimenti, anche in assenza di un interesse concreto ed attuale al ricorso.

O ancora la sentenza T.A.R. Puglia, Sez. III, n. 1262 del 2016 che sostiene: *“la novella legislativa dell'art. 120 co. 2-bis c.p.a. confligge con il quadro giurisprudenziale consolidatosi, atteso che veicola nell'ordinamento l'onere di immediata impugnazione dell'ammissione di tutti gli operatori*

economici, quale condizione di ammissibilità della futura impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, anche in carenza di un'effettiva lesione od utilità concreta".

2. Normativa europea: i principi in materia di diritto di difesa e di effettività della tutela

Gli artt. 6 e 13 CEDU riconoscono il diritto ad un giusto ed effettivo processo sotto il profilo sostanziale, garantendo la tutela attraverso un'adeguata qualificazione della situazione giuridica soggettiva da proteggere e attraverso le tre componenti fondamentali del principio di effettività, ovvero pienezza e completezza della tutela e ragionevole durata del processo.

L'art. 6 CEDU, rubricato "Diritto a un equo processo", sancisce che: *"ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia".*

L'art. 13 CEDU, rubricato "Diritto a un ricorso effettivo", prevede che: *"ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali".*

Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea è sensibile al tema del diritto di difesa: infatti, ogni individuo ha il diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un giudice imparziale quando siano stati violati i propri diritti e le proprie libertà.

L'art. 47 della c.d. Carta di Nizza sancisce che: *"ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia".*

Nel 1989 è stata emanata la direttiva n. 89 (Dir. 89/665/CEE), successivamente modificata dalla direttiva 2007/66/CE, la quale all'art. 1 ha previsto che: *“gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile, sulla base del fatto che hanno violato il diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono. Gli Stati membri garantiscono che non vi sia alcuna discriminazione tra le imprese suscettibili di far valere un pregiudizio nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto, a motivo della distinzione effettuata dalla presente direttiva tra le norme nazionali che recepiscono il diritto comunitario e le altre norme nazionali. Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione”*.

Nella direttiva vengono fissati i principi di efficacia, celerità, non discriminazione ed accessibilità, i quali, nell'ordinamento interno, possono riassumere i principi di effettività e satisfattività della tutela.

Il principio di efficacia presuppone che l'azione posta in essere sia diretta a soddisfare un interesse attuale e concreto del soggetto ricorrente: egli deve avere e mantenere un interesse all'aggiudicazione dell'appalto e deve agire a tutela di una sua lesione, costituita dall'aggiudicazione della gara di appalto cui ha partecipato. Ne consegue che al ricorrente deve essere assicurato un sistema di giustizia effettivo.

Un corollario indefettibile di tali principi è quello secondo cui la tutela giurisdizionale può e deve esserci solo quando vi sia stata una lesione di un diritto o di un interesse legittimo e che vi sia un interesse concreto e attuale alla pronuncia dell'autorità giudiziaria.

Il legislatore, dunque, non può imporre ad un cittadino di agire innanzi ad un giudice prima che una lesione concreta e attuale di un diritto o di un interesse legittimo sia reale ed effettiva perché, altrimenti, viene leso il principio di effettività sostanziale.

Occorre rilevare che nel rito di cui all'art. 120 co. 2-bis c.p.a. l'azione del ricorrente non è caratterizzata da un interesse attuale e/o da una lesione concreta della sua situazione giuridica soggettiva.

La società partecipante ad una gara è obbligata ad impugnare le ammissioni di tutti i concorrenti alla gara, senza sapere ancora chi sarà l'aggiudicatario e se si collocherà in graduatoria in posizione utile per ottenere e/o contestare l'aggiudicazione dell'appalto. In altre parole, si impone al

concorrente di promuovere l'azione giurisdizionale senza che ciò possa garantirgli una concreta utilità, assumendo tutti gli oneri connessi al giudizio.

Appare, pertanto, che la nuova normativa sia contraria ai principi comunitari sopra richiamati, che sanciscono il diritto di azione come diritto del solo soggetto titolare di un interesse attuale e concreto, che, nell'ipotesi delle gare di appalto, consiste nel conseguimento dell'aggiudicazione. Anticipando l'impugnazione non è possibile riconoscere in capo a ciascun concorrente un effettivo e concreto interesse/utilità a farla.

Occorre, altresì, aggiungere che il ricorrente potrebbe subire un danno dall'applicazione dell'art. 120 co. 2-bis c.p.a., causato da enormi esborsi economici (si pensi alla proposizione di ricorsi plurimi avverso l'ammissione dei concorrenti ad una gara), da una potenziale compromissione della propria posizione di fronte alla commissione di gara (che è chiamata a valutare l'offerta tecnica del ricorrente) e dalle conseguenze derivanti dall'instaurazione di un ricorso in merito al rating d'impresa.

Va evidenziato un ulteriore aspetto: il rito super-accelerato prevede la possibilità di proporre ricorso in una fase del procedimento in cui la cognizione dei documenti di gara degli altri concorrenti potrebbe non essere completa poiché la disciplina dettata dall'art. 53 D.L.vo 50/2016 (rubricato "accesso agli atti e riservatezza"), al comma 3, vieta di comunicare o di rendere noti gli atti di gara rispetto ai quali l'accesso è differito all'aggiudicazione.

Un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio che non osserva tale precetto commette il reato di rivelazione di segreti d'ufficio, punito *ex art.* 326 c.p.

Il summenzionato divieto pone, dunque, problemi di coordinamento con l'art. 29 cit. e, di conseguenza, i pubblici ufficiali o gli incaricati di pubblico servizio potrebbero apparire poco propensi nell'esibire i provvedimenti di ammissione e le documentazioni amministrative dei concorrenti per la paura di subire un procedimento penale.

Quest'incertezza costringe gli operatori a proporre ricorsi "al buio" o a presentare ulteriori ricorsi per garantirsi il diritto di accesso alla documentazione, necessaria per la proposizione del ricorso *ex art.* 120 co. 2-bis c.p.a.

Emergono, quindi, due contrapposte circostanze.

Da un lato, esiste il rischio di una proliferazione di ricorsi nella fase di ammissione delle imprese e, di conseguenza, una paralisi dei procedimenti di gara, soprattutto quelli relativi ad appalti di rilevante importo, non rispettando le esigenze di celerità procedimentale e di deflazione del contenzioso che dovevano essere garantite dalla riforma.

Dall'altro, è possibile pensare, specialmente per appalti di non elevatissimo importo, a rinunce da parte dell'interessato a proporre ricorso. In una fase anticipata in cui gli operatori non possono

confidare nelle utilità derivanti dall'aggiudicazione, l'entità degli esborsi necessari per la difesa processuale potrebbe dissuadere loro a proporlo, compromettendo anche il diritto di difesa.

La stessa normativa, imponendo a tutti i concorrenti di far valere le cause di esclusione mediante l'immediata contestazione degli atti di ammissione alla gara e non potendo contestare l'ammissione dei concorrenti al momento della formazione della graduatoria e dell'aggiudicazione dell'appalto, priva l'aggiudicatario del rimedio del ricorso incidentale da opporre a chi contesti l'aggiudicazione senza possedere i requisiti di ammissione alla gara.

Infine, è ancor più grave l'ipotesi che, con l'attuazione del nuovo rito, non vengano più messi in discussione aggiudicazioni disposte in favore di soggetti privi dei requisiti di partecipazione, posti a presidio della corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali.

Ciò contrasterebbe soprattutto l'esigenza di tutta la regolamentazione europea e nazionale in materia di appalti pubblici, vale a dire l'esigenza di assicurare che le commissioni pubbliche vengano affidate al soggetto maggiormente idoneo.

3. Applicazioni problematiche della nuova disciplina

a) ordinanza TAR Piemonte, Sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88

Il Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo indiceva una gara d'appalto, della durata di tre anni, per l'aggiudicazione del servizio di assistenza domiciliare.

Il Raggruppamento Temporaneo di Imprese (R.T.I.) XXXXXXXXXX e la Cooperativa XXXXXXXXX partecipavano alla gara e si classificavano, rispettivamente, al primo e al secondo posto in graduatoria.

La Cooperativa impugnava gli atti della gara d'appalto, dolendosi della mancata esclusione della società aggiudicataria poiché quest'ultima non aveva i requisiti di partecipazione.

La stazione appaltante e il R.T.I. ritenevano, invece, che il ricorso fosse irricevibile in quanto è stato proposto avverso l'aggiudicazione definitiva mentre, vertendo su questioni di ammissibilità, avrebbe dovuto essere proposto entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione dell'atto di ammissione alla gara dei concorrenti.

Occorre, infatti, evidenziare che il ricorso è stato proposto a conclusione del procedimento di gara, dopo che era intervenuta l'aggiudicazione ed anche se la stazione appaltante aveva preventivamente comunicato alle ditte partecipanti l'atto di ammissione dei concorrenti, come previsto dall'art. 29 D.L.vo 50/2016 (rubricato "principi in materia di trasparenza").

Il codice del processo amministrativo sancisce all'art. 120 co. 2-*bis* (comma introdotto dal D.L.vo n. 50 del 2016) la possibilità di impugnare ogni contestazione relativa alla ammissione e/o

all'esclusione nel termine perentorio di 30 giorni decorrente dalla comunicazione dell'atto da parte della stazione appaltante.

La citata disposizione afferma che: *“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, ai sensi dell'art. 29 co. 1 del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della L. 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. E' altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività”*.

Il TAR rilevava che l'applicazione della suindicata normativa avrebbe condotto alla declaratoria di irricevibilità per tardività del ricorso, impedendo l'esame nel merito delle censure relative all'assenza dei requisiti di partecipazione in capo al R.T.I., risultato aggiudicatario della gara.

L'applicazione della normativa nazionale avrebbe, altresì, comportato la violazione del principio di proporzionalità, che stabilisce che la normativa interna non deve eccedere i limiti di ciò che è necessario per il conseguimento degli scopi perseguiti. Qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve, infatti, ricorrere a quella meno restrittiva e penalizzante rispetto ai fini da raggiungere.

Con l'ordinanza n. 88 del 2018, il Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte, Sez. I, rimetteva, pertanto, alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale inerente la compatibilità del diritto nazionale con quello europeo.

b) rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Il Collegio ha formulato alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea i seguenti quesiti:

1. se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela (artt. 6 e 13 CEDU, art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. e art. 1 Dir. 89/665/CEE) osti ad una normativa nazionale (art. 120 co. 2-bis c.p.a.) che impone all'operatore che partecipa ad una procedura di gara di impugnare l'ammissione e/o la mancata esclusione di un altro soggetto entro il termine di 30 gg. dalla comunicazione del provvedimento con cui viene disposta l'ammissione/esclusione dei partecipanti;
2. se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela (artt. 6 e 13 CEDU, art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. e art. 1 Dir. 89/665/CEE) osti ad una normativa nazionale (art. 120 co. 2-bis c.p.a.) che preclude

all'operatore di far valere, a conclusione del procedimento, anche con ricorso incidentale, l'illegittimità degli atti di ammissione degli altri operatori, in particolare dell'aggiudicatario o del ricorrente principale, senza aver precedentemente impugnato l'atto di ammissione nel termine suindicato.

Il giudizio innanzi al TAR è stato sospeso per interrogare la Corte di Giustizia sull'interpretazione da dare al diritto europeo.