

***L'art. 120 comma 2 bis c.p.a. nel fuoco incrociato della Corte di Giustizia Europea e della  
Corte Costituzionale, una fine preannunciata***

**Di MICHELA SALERNO**

**1. I dubbi applicativi.**

L'art. 120 comma 2 *bis* c.p.a. impone che il provvedimento con il quale si determinano le esclusioni e le ammissioni alla procedura di affidamento, all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, vada impugnato nel termine perentorio di 30 giorni, decorrente dalla pubblicazione dell'atto sul sito della pubblica amministrazione, ex art. 29 d.lgs 50/16.

L'omessa impugnazione, prosegue il precetto, preclude la possibile contestazione dell'aggiudicazione, anche con ricorso incidentale.

Sin dalla sua introduzione, ad opera dell'art. 204 dlgs 50/16, da più parti si è evidenziato come il comma in analisi presentasse in sé una insanabile contraddizione, soprattutto con riferimento ai provvedimenti di ammissione, richiedendo l'obbligo di impugnativa di un atto endoprocedimentale privo di immediata lesività (1).

Peraltro, proprio l'ultimo inciso del comma 2 *bis* dell'art. 120 c.p.a. ribadiva l'assenza di interesse a ricorrere per tali atti.

Invero, la giurisprudenza, ormai consolidata, specifica che il ricorso non può prescindere dall'interesse quale condizione dell'azione, il quale può atteggiarsi e modularsi divenendo 'strumentale' rispetto alla ripetizione della gara, ma deve sempre essere sussistente (2).

Il *competitor* che impugna il provvedimento deve aver subito dallo stesso una lesione in grado di precludergli l'ottenimento del bene della vita al quale aspira con la partecipazione alla procedura di evidenza pubblica, l'aggiudicazione, e la conseguente stipulazione del contratto.

L'onere di anticipazione della tutela giurisdizionale comporta l'attivazione di un mezzo a garanzia di un pregiudizio che non si è ancora compiuto e che, considerazione ancor peggiore, non è certo che si verificherà.

L'ammissione non può equivalere ai fini processuali ad aggiudicazione.

Inoltre, poiché la norma riporta un termine perentorio di decadenza per poter impugnare, la mancata tutela comporterebbe una preclusione in grado di rendere inaccessibile al partecipante alla

procedura l'agire in giudizio per garantire un proprio interesse legittimo, proprio nel momento in cui la lesione si produrrebbe e diverrebbe attuale, con l'aggiudicazione.

E ancora, la disposizione si presenta discriminatoria e irragionevole, dal momento che riserva questo rito 'super accelerato' alla materia appalti e limitatamente ai provvedimenti ammissivi e esclusivi, all'esito della valutazione dei soli requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico professionali.

Infatti, in tutti gli altri casi di esclusione, per esempio con riferimento a motivi attinenti all'offerta, l'impugnativa potrebbe essere proposta solo contestualmente all'aggiudicazione, tornando l'atto a riacquistare la sua dimensione endoprocedimentale, senza limiti anticipatori di tutela.

I dubbi già avanzati dalla dottrina sono stati fatti propri dall'ordinanza del Tar Puglia del 20/6/2018 (3), con la quale il Collegio ha chiesto alla Corte Costituzionale di pronunciarsi sulla compatibilità dell'art. 120 comma 2 *bis* c.p.a. con il sistema costituzionale vigente e in particolare con gli artt. 24 commi 1/2, 103 co.1, 113 commi 1/2, 111 commi 1/2, 117 Cost./ 6-13 CEDU.

La norma si porrebbe in insanabile contrasto con il principio di effettività della tutela, così come sancito dalla direttiva 89/665 (4), ove è imposto agli Stati membri di apprestare una protezione accessibile *"a chiunque abbia, o abbia avuto, interesse a conseguire l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato, o rischi di essere, leso a causa di una presunta violazione."*

Medesime le censure sollevate precedentemente da altro Tar, Piemonte, con l'ord. 88/2018 (5).

Con tale provvedimento è stata, infatti, devoluta questione di interpretazione pregiudiziale della norma alla CGUE, lamentando, peraltro, anche la violazione dell'art. 47 della Carta di Nizza, sotto il profilo dell'effettività del ricorso giurisdizionale e dei principi del giusto processo.

## **2. Le ulteriori criticità messe in evidenza nelle ordinanze.**

La *ratio* della norma è stata ravvisata dai primi commentatori nell'esigenza di completa definizione della platea dei concorrenti, come interesse pubblico antecedente all'aggiudicazione, bene della vita finale (6).

La delimitazione dei partecipanti alla gara, come obiettivo generale da preservare a tutela della scelta della migliore offerta e di un mercato concorrenziale, al quale l'azione amministrativa e la legalità della stessa dovrebbero tendere, è stata invocata da alcuni come ulteriore fine a cui il procedimento di evidenza pubblica tenderebbe.

Tale concezione, peraltro, è stata posta a sostegno della necessaria rivisitazione dei principi sanciti dall' Ad. Pl. 3/2011 in materia di ammissibilità dell'impugnativa di clausole del bando non

immediatamente escludenti, in grado di incidere sulla regolare formazione dei partecipanti alla procedura (7).

Ebbene, ove così fosse l'art. 120 c.p.a. sembrerebbe riecheggiare quel concetto di giurisdizione oggettiva, nell'ambito della quale lo scopo dell'azione amministrativa non poteva che tendere alla sola legittimità dell'*agere* pubblico, infatti, l'interesse del privato si poneva rispetto a essa in posizione ancillare (8).

Il quadro ordinamentale si è evoluto attraverso il riconoscimento dell'interesse legittimo come bene autonomo, che dialoga con il potere e per mezzo del quale può trovare soddisfacimento.

Il processo amministrativo passa dal metodo acquisitivo a quello dispositivo in cui è la parte privata che con la delimitazione del *petitum* chiede che venga compiuto un giudizio di spettanza, delegabile al giudice nei soli casi di provvedimento vincolato.

Se così è, il presupposto dell'azione non può che essere l'interesse ad agire, a ottenere il bene della vita.

Il ricorrente deve trarre dall'impugnativa un'utilità in termini concreti e attuali, non basta l'aspettativa di partecipare a una gara che debba svolgersi tra concorrenti che posseggono validi requisiti di legittimazione.

Inoltre, la disposizione si porrebbe in contrasto con il principio di concentrazione e effettività della tutela giurisdizionale, come ribadito dalle direttive ricorsi, atteso che introduce una duplicazione di fasi processuali, una prima impugnativa che deve riguardare l'ammissione/esclusione dei *competitor* e una seconda a seguito dell'aggiudicazione (9) (10).

Seppure, come evidenziato, la *voluntas legis* fosse stata quella di limitare l'utilizzo dello strumento del ricorso incidentale 'escludente' nella successiva fase di aggiudicazione, al fine di snellire il contenzioso, l'effetto prodotto con l'art. 120 comma 2 *bis* c.p.a. si presenta di ostacolo al principio di economia processuale (11).

Infatti, il ricorrente incidentale, aggiudicatario, non può dedurre questioni attinenti alla legittimazione del ricorrente principale, il quale contesti l'esito della gara, se non ha adempiuto l'onere di impugnativa imposto e non ha attivato la tutela 'super accelerata' contro l'ammissione dell'altro concorrente.

Tuttavia, ci si è chiesti cosa potrebbe succedere una volta che, impugnata l'ammissione, il *competitor* censuri anche la successiva aggiudicazione nei confronti del medesimo soggetto.

Infatti, ben può presentarsi l'ipotesi in cui, a seguito del primo ricorso e prima dell'esito dell'impugnazione, l'appalto o la concessione venga assegnato al partecipante della cui

legittimazione si dubita; avremmo in tal caso la coesistenza di due riti, uno accelerato, ex art. 119 c.p.a. e uno super accelerato, ex art. 120 comma 2 *bis* c.p.a.

Ebbene, per economia processuale forse dovrebbe riconoscersi al ricorrente, che abbia impugnato il provvedimento di ammissione o esclusione, anche il conseguente potere di dedurre l'illegittimità successiva dell'atto definitivo della procedura attraverso motivi aggiunti e non con un nuovo e autonomo atto, a maggior ragione oggi che non sussistono dubbi sull'ammissibilità di motivi aggiunti impropri (12).

In tale quadro normativo la giurisprudenza rintraccia un aggravamento processuale e la carenza di un interesse a ricorrere da parte dell'operatore economico obbligato a impugnare, in contraddizione con i canoni disciplinati dall'art. 100 c.p.c., disposizione da ritenersi pienamente applicabile, a seguito del rinvio generale operato dall'art. 39 c.p.a..

L'ammissione può produrre una lesione potenziale ed eventuale ove il concorrente di cui si contestino i requisiti soggettivi non sia poi il successivo aggiudicatario.

Peraltro, nel momento in cui il pregiudizio diventa concreto e attuale, con l'aggiudicazione, gli altri concorrenti non potrebbero impugnare, manifestandosi l'effetto preclusivo previsto dall'art. 120 comma 2 bis c.p.a., che limiterebbe al soggetto l'accesso alla tutela giurisdizionale, in contrasto con gli artt. 24 commi 1/2, 103 co.1, 113 commi 1/2, 111 commi 1/2 Cost..

E ancora, tutta la normativa comunitaria è basata su istituti di semplificazione e *favor competitors*, così come si evince dal soccorso istruttorio divenuto ormai sostanziale, la previsione di un rito accelerato appalti, la stessa disciplina del ricorso incidentale escludente.

Pertanto, l'onere di doppia impugnativa contrasterebbe con gli stessi principi in materia dettati dalle norme comunitarie, risolvendosi in un aggravamento degli oneri economici per l'operatore e nella violazione del principio di concentrazione.

Infine, il salvataggio del comma 2 *bis* dell'art. 120 c.p.a. non potrebbe essere compiuto neppure attraverso il parallelo con la disciplina degli atti di esclusione in materia elettorale, ex art. 129 c.p.a..

E' all'uopo necessario premettere che in tale precetto non si assiste a una divisione dei termini di impugnazione e delle relative modalità a seconda della causa, come invece è previsto in materia appalti.

Invero, in questa ultima ipotesi le esclusioni che non riguardano i requisiti soggettivi ma le restanti carenze prevedono il criterio generale della doppia impugnativa.

Invece, nel procedimento elettorale il provvedimento ammissivo, di cui si prevede la ricorribilità, si presenta immediatamente lesivo e in grado di radicare, dunque, l'interesse a ricorrere.

Peraltro, nella propria ordinanza il Tar Piemonte evidenzia, anche, che la normativa europea richiede, in ossequio agli artt. 6 e 13 CEDU, di rendere effettiva e accessibile la procedura dei ricorsi a chi abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un appalto e si ritenga leso in tale diritto. Dunque, l'adeguamento al canone del giusto processo è l'unica prospettiva in base alla quale la disposizione normativa potrebbe ritenersi compatibile con il principio di effettività sostanziale.

### **3. Conclusioni.**

Come evidenziato le ordinanze in esame hanno sollevato dubbi di compatibilità dell'articolo in oggetto sia con la Costituzione, sia con la normativa comunitaria.

Le violazioni sarebbero riferite ai principi di economia processuale, di tutela giurisdizionale e effettività della stessa, di concentrazione, di ragionevole durata del processo, con evidenti risvolti sullo spreco della risorsa giustizia.

Infatti, l'onere di impugnativa, ove inadempito, precluderebbe al privato la possibilità di ricorrere in sede giurisdizionale a tutela di un proprio diritto, con lesione dell'effettività giurisdizionale, in espreso contrasto del diritto di difesa.

La dottrina ha, peraltro, prospettato l'ipotesi in cui la preclusione potrebbe comportare la non possibilità di attaccare aggiudicazioni nei riguardi di soggetti che, nonostante si presentino privi dei requisiti di partecipazione e quindi della relativa legittimazione, risultino schermati dalla decorrenza del termine perentorio di 30 giorni.

Tale meccanismo si tradurrebbe nella sostanza in una palese violazione degli ulteriori principi della *par condicio* e dell'assegnazione del contratto pubblico in base all'offerta economicamente più vantaggiosa, criteri che devono presiedere la procedura a evidenza pubblica.

Ebbene, nel suddetto quadro di sistema i possibili scenari risolutivi sono essenzialmente questi.

La Corte Costituzionale potrebbe sospendere il giudizio sino all'esito della questione di interpretazione pregiudiziale devoluta alla CGUE.

Infatti, se la Corte di Giustizia ritenesse la norma contraria alle direttive ricorsi o ai principi comunitari in materia, poiché il relativo provvedimento avrebbe pari rango della disposizione interpretata, i giudici *a quibus* si troverebbero dinnanzi all'obbligo di disapplicazione diffusa, salvo il baluardo dei contro-limiti attivabile dalla Corte Costituzionale se la soluzione offerta si ritenesse violativa di principi fondamentali posti a base dell'ordinamento italiano.

Nel caso opposto, ove il precetto potesse essere ritenuto compatibile con la normativa sovranazionale, la Corte Costituzionale potrebbe comunque valutarlo, nell'ottica ordinamentale, gravemente lesivo dei principi di effettività e tutela giurisdizionale dei diritti e, quindi, dichiarare l'articolo incostituzionale.

La parola ora spetta alle due Corti e viene affidata al dialogo tra le stesse.

### **Bibliografia:**

1. F. Caringella, *Il sistema del diritto amministrativo*, Dike Editore, 2017; F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike Editore, X Edizione, 2016/2017;
2. Adunanza Plenaria 11/2008 del 10/11/2018;
3. Tar Puglia, ordinanza n. 903 del 20/6/2018;
4. Direttiva 89/665 CEE del Consiglio del 21/12/89;
5. Tar Piemonte, I Sez., ordinanza n. 88/2018;
6. Cfr. Parere del Consiglio di Stato n.855/2016 sul codice dei contratti pubblici;
7. Tar Puglia ordinanza del 7/11/2017 n. 5138; Ad.Pl. 4/2018 del 26/4/2018;
8. R. Garofoli, *I contratti della P.A.*, cap. X, in *Manuale di diritto amministrativo*, Nel Diritto Editore, 2017;
9. R. Chieppa - R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, IV Ed., Giuffrè;
10. Consiglio di Stato, V Sez, Ordinanza n.1059 del 15/3/2017;
11. Cfr. Parere del Consiglio di Stato n.782/2017 sul correttivo al codice dei contratti pubblici;
12. Ancora R. Chieppa - R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, IV Ed., Giuffrè.