Ancora alla Corte costituzionale l'art. 120, comma 2 *bis* c.p.a. sul c.d. rito super accelerato in materia di appalti.

T.a.r. per la Puglia - Bari, Sez. III, ordinanza 20 luglio 2018, n. 1097 – Pres. Gaudieri, Est. Cocomile

Giustizia amministrativa – Appalti pubblici – Rito speciale in materia di ammissioni ed esclusioni – Onere di immediata impugnazione – Effetto preclusivo di contestazione della aggiudicazione – Questione non manifestamente infondata di costituzionalità

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 120, comma 2 bis, primo e secondo periodo cod. proc. amm. (comma aggiunto dall'art. 204, comma 1, lettera b) d.lgs. n. 50/2016), limitatamente all'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione, nella parte in cui onera l'impresa partecipante alla gara ad impugnare immediatamente le ammissioni delle altre imprese partecipanti alla stessa gara, pena altrimenti l'incorrere nella preclusione di cui al secondo periodo della disposizione ("L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale") e laddove comporta la declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione definitiva da parte di chi ha omesso di impugnare tempestivamente l'ammissione dell'aggiudicataria, per contrasto con gli artt. 3, comma 1, 24, commi 1 e 2, 103, comma 1, 111, commi 1 e 2, 113, commi 1 e 2 e 117, comma 1 della Costituzione e 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, recepita con legge 4 agosto 1955, n. 848 (1).

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna il T.a.r. per la Puglia – Bari ha nuovamente rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. - nella parte in cui onera le imprese concorrenti della immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione delle altre imprese partecipanti, pena l'indeducibilità dei vizi afferenti la fase di ammissione alla gara mediante l'impugnazione dei successivi atti della procedura di affidamento - per contrasto con gli artt. 3, comma 1, 24, commi 1 e 2, 103, comma 1, 111, commi 1 e 2, 113, commi 1 e 2 e 117, comma 1 della Costituzione e 6 e 13 della CEDU. A differenza del caso precedente in cui era direttamente impugnata l'ammissione ad una gara (cfr. T.a.r. per la Puglia - Bari, Sez. III, ordinanza 20 giugno 2018, n. 903 oggetto della News US del 10 luglio 2018), nel caso di specie risulta impugnata l'aggiudicazione mediante contestazione della mancata esclusione della aggiudicataria per asserita inidoneità del contratto di avvalimento stipulato a fini della partecipazione.

II. – La questione è sorta in relazione ad una gara di appalto per l'affidamento del servizio di assistenza passeggeri a ridotta mobilità in ambito aeroportuale in cui una delle imprese concorrenti proponeva ricorso avverso l'aggiudicazione, contestando l'ammissione in gara della aggiudicataria per inidoneità del contratto di avvalimento a tal fine stipulato. Veniva eccepita dalla contro interessata e dalla stazione appaltante la tardività del gravame in quanto i requisiti di ammissione avrebbero dovuto essere tempestivamente contestati nei termini di cui al rito super accelerato disciplinato dall'art. 120, comma 2 *bis,* c.p.a. Nel corso dell'udienza pubblica fissata per la decisione del ricorso, il Collegio, d'ufficio, invitava le parti, ai sensi dell'art. 73, comma 3 c.p.a., a discutere la questione di costituzionalità del menzionato art. 120, comma 2 *bis*, in relazione all'onere, gravante sull'impresa partecipante alla gara, di impugnare immediatamente le ammissioni delle altre imprese partecipanti alla stessa gara, pena altrimenti l'incorrere nella preclusione di cui al secondo periodo del comma 2 *bis* ("*L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale*"), con conseguente declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione definitiva da parte di chi ha omesso di impugnare tempestivamente l'ammissione dell'aggiudicataria, trattandosi di atto (quello di ammissione) privo di immediata lesività.

All'esito della discussione depositava l'ordinanza in epigrafe con la quale riteneva la questione rilevante e non manifestamente infondata.

III. – Il T.a.r. osserva al riguardo che:

a) alla luce del principio di diritto sancito da Cons. Stato, Ad. plen., 8 aprile 1963, n. 8, la questione di costituzionalità può, "… senza limitazione alcuna …", essere sollevata d'ufficio ai sensi dell'art. 1 legge costituzionale n. 1/1948 (e art. 23, comma 3 legge n. 87/1953) dal Giudice *a quo* anche con riferimento a dubbi insorti in relazione alla giurisdizione ovvero in ordine ai presupposti processuali ed alle condizioni dell'azione, tra le quali va annoverato anche l'interesse ad agire ai sensi dell'art. 100 c.p.c.;
b) in punto di rilevanza, il rito c.d. super accelerato di cui all'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. deve ritenersi applicabile nel caso di specie sia in quanto il bando di gara è stato pubblicato dopo l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici – tenuto conto che è stato l'art. 204 del d.lgs. n. 50 del 2016 ad avere inserito le regole processuali di cui ai commi 2 *bis* e 6 *bis* dell'art. 120 c.p.a. - sia perché risulta soddisfatta la condizione della pubblicazione dei provvedimenti di ammissione ai sensi dell'art. 29, comma 1, del nuovo codice dei contratti pubblici (cui la giurisprudenza maggioritaria condiziona l'applicabilità del predetto rito speciale, cfr. Cons. Stato, Sez. III, 26 gennaio 2018, n. 565 e Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2018, n. 1843);

c) l'eventuale declaratoria di incostituzionalità del comma 2 *bis*, primo e secondo periodo, della disposizione in esame determinerebbe la ricevibilità del ricorso e la possibilità di deciderlo nel merito, venendo meno la necessità della tempestiva previa impugnazione della ammissione della aggiudicataria sin dalla data della sua pubblicazione sul profilo istituzionale della stazione appaltante ai sensi dell'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50/2016; al contrario, dall'accertamento, da parte della Corte costituzionale, della compatibilità costituzionale della contestata disposizione deriverebbe la tardività della impugnazione a motivo della mancata tempestiva contestazione della ammissione della aggiudicataria alla gara (per inidoneità del contratto di avvalimento stipulato) nei termini previsti dal rito super accelerato, i cui vizi non potrebbero essere dedotti in via derivata con la successiva impugnazione della aggiudicazione, essendo ciò espressamente precluso dall'art. 120, comma 2 *bis* cod. proc. amm.; in questo caso il giudizio dovrebbe essere definito in rito mediante pronuncia di inammissibilità;
d) quanto alla non manifesta infondatezza, l'art. 120, comma 2 *bis*, primo e secondo periodo cod. proc. amm. (limitatamente alla parte che impone l'onere di immediata impugnazione delle ammissioni) si pone in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui agli artt. 3, comma 1, 24, commi 1 e 2, 103, comma 1, 111, commi 1 e 2 e 113, commi 1 e 2 Cost., in quanto impone la necessità di impugnare, nel termine decadenziale di trenta giorni, decorrente dalla pubblicazione sul profilo della stazione appaltante, ai sensi del precitato articolo 29, comma 1, un atto per sua natura non immediatamente lesivo, quale appunto l'ammissione alla gara, pena altrimenti l'incorrere nella preclusione di cui al secondo periodo; tale previsione - attribuendo in via preventiva natura lesiva ad atti tipicamente endo procedimentali quali sono le ammissioni, la cui impugnazione è priva, per loro natura, di utilità concreta ed attuale per un partecipante che ancora ignora l'esito finale della procedura selettiva – innova l'orientamento giurisprudenziale tradizionale che tra gli atti endo procedimentali aveva riconosciuto la immediata lesività dei soli provvedimenti di esclusione, onerando l'impresa della relativa tempestiva impugnazione;
e) l'onere di immediata impugnazione giurisdizionale delle ammissioni è, pertanto, in contrasto con il principio fondamentale desumibile dall'art. 100 del codice di procedura civile (ed applicabile anche al processo amministrativo in forza del rinvio esterno di cui all'art. 39 cod. proc. amm.) della necessità, quale condizione dell'azione, della esistenza di un interesse ad agire concreto ed attuale al ricorso in corrispondenza di una lesione personale ed effettiva di detto interesse, suscettibile di ritrarre un vantaggio anche solo potenziale dall'annullamento (con ampio ricorso nella prassi alla c.d. prova di resistenza), tenuto altresì conto del fatto che il ricorso

giurisdizionale non è mai stato considerato in passato un rimedio dato nell'interesse astratto della giustizia o per ottenere la mera enunciazione dei parametri di legalità dell'azione amministrativa, disancorati da un effettivo e non ipotetico vantaggio derivante all'attore nel caso in contestazione; tale interesse può essere anche di tipo strumentale, inteso cioè – nella variegata elaborazione giurisprudenziale - nel senso di interesse ad ottenere la caducazione del provvedimento amministrativo al fine di rimettere in discussione il rapporto controverso e di eccitare il nuovo (o il non) esercizio del potere amministrativo in termini potenzialmente idonei ad evitare un danno ovvero ad attribuire un vantaggio;

f) l'interesse a ricorrere, secondo l'impostazione tradizionale in linea con il principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale desumibile dagli artt. 24, 103 e 113 Cost., deve, quindi, essere caratterizzato dai predicati della personalità (il risultato di vantaggio deve riguardare specificamente e direttamente il ricorrente), dell'attualità (l'interesse deve sussistere al momento del ricorso, non essendo sufficiente a sorreggere quest'ultimo l'eventualità o l'ipotesi di una lesione) e della concretezza (l'interesse a ricorrere va valutato con riferimento ad un pregiudizio concretamente verificatosi ai danni del ricorrente);

g) il censurato art. 120, comma 2 *bis*, primo e secondo inciso cod. proc. amm., nella parte in cui contempla l'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione, introduce una ipotesi di "giurisdizione amministrativa oggettiva" eccentrica rispetto ad un sistema di giustizia amministrativa tradizionalmente impostato sulla giurisdizione/giustizia di diritto "soggettivo" e sul "potere" *ex* art. 24, comma 1 Cost. (non già sul "dovere", inteso nel senso di onere economicamente gravoso, pena altrimenti l'incorrere in una preclusione processuale), in capo all'attore ("Tutti possono …"), di "… agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi";

h) il concetto stesso di "tutela degli interessi legittimi", richiamato espressamente dagli artt. 24, 103 e 113 Cost., implica necessariamente i menzionati caratteri della personalità, attualità e concretezza del sostrato processuale della posizione giuridica soggettiva dell'individuo (*i.e.* interesse legittimo) dinanzi all'esercizio del potere autoritativo, in quanto egli è l'unico soggetto dell'ordinamento che può valutare autonomamente l'utilità del giudizio (nel caso di specie comunque economicamente costoso, trattandosi della materia degli appalti), e non può essere una legge dello Stato ad imporgli la "doverosità" (sempre nel senso di "onere" per evitare il formarsi di una preclusione processuale) di un'azione giurisdizionale priva di alcun vantaggio sul piano soggettivo, almeno nel momento in cui deve essere esperita secondo il censurato dettato normativo;

i) ne discende che i caratteri della personalità, attualità e concretezza dell'interesse ad agire caratterizzano il nostro sistema "soggettivo" di giustizia amministrativa, come delineato in Costituzione, mentre la previsione di cui all'art. 120, comma 2 *bis*, costituisce una illegittima deviazione rispetto al quadro costituzionale predetto in quanto "rende" stabilmente un soggetto privato *ex lege* portatore di interesse pubblico alla formazione anticipata (e non più discutibile) della platea dei concorrenti in un momento antecedente all'esame delle offerte; il sistema "soggettivo" di tutela non è messo in discussione dalle ipotesi normative "eccezionali" di legittimazione *ex lege* al ricorso giurisdizionale di Autorità amministrative indipendenti (art. 21 *bis* legge n. 287/1990 e art. 211, comma 1 *ter*, d.lgs. n. 50/2011), poiché il potere di agire viene riconosciuto in favore di soggetti pubblici e non privati (*i.e.* Autorità amministrative indipendenti), in quanto enti portatori di un interesse "qualificato e differenziato" al corretto funzionamento del mercato e quindi giuridicamente rilevante ed idoneo a fondare situazioni giuridiche soggettive;

j) la citata disposizione del codice del processo amministrativo, nell'imporre la necessità, pena l'incorrere nella preclusione di cui allo stesso comma 2 *bis*, secondo inciso, della immediata contestazione in sede giurisdizionale delle ammissioni, sostanzialmente onera l'impresa partecipante alla gara ad impugnare (a prescindere da ogni concreta utilità nel senso in precedenza delineato) le ammissioni di altri soggetti partecipanti, impugnazione che potrebbe rivelarsi inutile nel momento in cui la stessa impresa ricorrente dovesse venire a conoscenza in un momento successivo dell'aggiudicazione della gara in proprio favore ovvero, all'opposto, della propria collocazione in graduatoria in posizione talmente deteriore da non ritenere più utile alcuna contestazione;

k) al momento della ammissione delle ditte in gara, la posizione delle concorrenti è neutra o meglio indifferenziata in quanto solo potenzialmente lesiva;

l) il bene della vita cui aspira la concorrente in gara è l'aggiudicazione dell'appalto sicché il suo interesse a contestare l'ammissione (pur illegittima) delle altre concorrenti si concretizza solo alla fine della procedura allorquando la posizione in graduatoria determina quel grado di differenziazione idoneo a radicare l'interesse al ricorso;

m) il contrasto con i menzionati principi costituzionali (effettività della tutela giurisdizionale desumibile dagli artt. 3, comma 1, 24, commi 1 e 2, 103, comma 1, 111, commi 1 e 2 e 113, commi 1 e 2 Cost. e dagli artt. 1 e 7, comma 7, c.p.a.) è ancora più netto se si considera che l'impugnazione in materia di appalti pubblici (e quindi anche del provvedimento di ammissione di cui al comma 2 *bis* dell'art. 120 cod. proc.

amm.) è soggetta ad un contributo unificato con importi elevati nel corso degli ultimi anni;

n) l'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. viola anche il principio di uguaglianza di cui all'art. 3, comma 1, Cost.: poiché la lesione è stata tradizionalmente intesa dalla giurisprudenza come fatto connesso all'esistenza di una effettiva e attuale lesione che preclude all'interessato il conseguimento del bene della vita cui aspira - nel caso di specie rappresentato dall'aggiudicazione della gara - è irragionevole che un interesse al ricorso meramente ipotetico venga trasmutato dal legislatore del 2016 in un interesse concreto e attuale, introducendo una sorta di presunzione legale ed astratta di interesse al ricorso avverso le ammissioni (tuttavia in concreto non sussistente) e, corrispondentemente, di lesione di detto interesse, mentre analoga operazione – in presenza di atti aventi identica natura endo procedimentale - è stata espressamente e correttamente esclusa dal terzo inciso della disposizione in commento laddove si prevede che "E' altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo procedimentali privi di immediata lesività";

o) nel modello di impugnabilità immediata delle ammissioni di cui al novellato art. 120, comma 2 *bis*, essendo l'esito della competizione ancora futuro ed incerto, non è dato scorgere una posizione sostanziale che giustifichi l'accesso al giudice, pertanto la disposizione in esame pone in capo al partecipante un onere inutile, economicamente gravoso, ed irragionevole - alla stregua del principio di effettività della tutela giurisdizionale desumibile dal combinato disposto degli artt. 24, commi 1 e 2, 103, comma 1 e 113, commi 1 e 2 Cost. e del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3, comma 1 Cost. - rispetto all'interesse realmente perseguito rappresentato dal conseguimento dell'aggiudicazione dell'appalto;

p) tale modello di giudizio di diritto oggettivo, oltre a risultare contrario agli artt. 24 e 113 Cost., secondo quanto autorevolmente ritenuto anche dalla giurisprudenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (cfr. Ad. plen. 13 aprile 2015, n. 4 in *Foro it*., 2015, III, 265, con nota di TRAVI, *Foro amm*., 2015, 1021, *Urbanistica e appalti*, 2015, 917, con nota di MANGANARO, MAZZA LABOCCETTA, *Azienditalia-Il Personale*, 2015, 335, *Giur. it*., 2015, 1693 (m), con nota di COMPORTI, *Riv. neldiritto*, 2015, 1015, *Giurisdiz. amm*., 2015, ant., 723, *Guida al dir*., 2015, fasc. 20, 92, con nota di MASARACCHIA, *Foro amm*., 2015, 2206 (m), con nota di SILVESTRI, *Corriere giur*., 2015, 1596, con nota di SCOCA, *Dir. proc. amm*., 2016, 173, con nota di TURRONI per la quale la giurisdizione amministrativa di legittimità - sebbene con taluni temperamenti - è pur sempre una giurisdizione di tipo soggettivo) è stata ritenuta in contrasto con il diritto comunitario dal T.a.r. per il Piemonte, sez. I, ordinanza 17.1.2018, n. 88 (su cui vedi infra IV lett. t)) che ha sollevato la corrispondente

questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea al fine di verificare la compatibilità dell'art. 120, comma 2 *bis* cod. proc. amm. - nella parte in cui contempla l'onere di immediata impugnazione delle ammissioni - con la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela giurisdizionale (rispetto agli artt. 6 e 13 della CEDU, art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e art. 1 direttiva n. 89/665/CEE) sempre in relazione al profilo del disancoramento dell'interesse ad agire rispetto ad una utilità personale, concreta ed attuale dell'impresa partecipante alla gara;

q) il contrasto con i principi costituzionali sussiste nel momento in cui il legislatore attribuisce ad un soggetto privato la tutela in via esclusiva di un interesse pubblico (alla anticipata e non più contestabile formazione della platea dei concorrenti), interesse che potrebbe non coincidere mai con l'interesse privato; ciò potrebbe avere un effetto dissuasivo con riferimento ad iniziative processuali notevolmente anticipate (e sensibilmente costose) rispetto al verificarsi della concreta lesione, così ulteriormente aggravando la violazione del principio costituzionale di tutela del diritto di difesa (art. 24 Cost.), ovvero, all'opposto, un effetto di proliferazione dei ricorsi giurisdizionali, evidentemente non compatibile con il principio di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111, comma 2 Cost.;

r) la necessità, alla stregua della previsione dell'art. 120, comma 2 *bis*, di proporre plurimi ricorsi avverso le singole ammissioni si pone in contrasto con il principio di ragionevolezza desumibile dall'art. 3, comma 1, Cost., con il principio di effettività della tutela giurisdizionale (*ex* artt. 24, commi 1 e 2, 103, comma 1, 111, commi 1 e 2 e 113, commi 1 e 2 Cost.), con il principio del giusto processo (*ex* art. 111, comma 1 Cost.) e con il principio della ragionevole durata del processo (*ex* art. 111, comma 2 Cost.), poiché il meccanismo processuale delineato dal legislatore del 2016 determina inevitabilmente il proliferare di azioni giurisdizionali avverso plurime ammissioni relativamente alla stessa procedura di gara in violazione dei principi di economia processuale e concentrazione; la disposizione in esame non supera neanche il test di proporzionalità e, analogamente alla fattispecie definita da Corte cost. n. 241 del 2017, si può ritenere che le conseguenze sfavorevoli (eccessive) sul diritto di difesa, derivanti dalla declaratoria di inammissibilità (alla stregua dell'art. 120, comma 2 *bis*) del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione definitiva da parte di chi ha omesso di impugnare tempestivamente l'ammissione dell'aggiudicataria, non sono adeguatamente bilanciate con l'interesse pubblico ad evitare l'abuso del processo (nello stesso senso si citano Corte cost. n. 229 del 2010, n. 44 del 2016 e n. 121 del 2016);

s) per quanto concerne il contrasto con le norme interposte (rilevanti ai fini di cui all'art. 117, comma 1 Cost.) rappresentate dai citati artt. 6 e 13 della CEDU, premessa la non autonoma disapplicabilità da parte del giudice adito della norma interna incompatibile con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sussiste una tensione (non sanabile neanche con una interpretazione "conforme alla Convenzione EDU", stante il chiaro ed inequivoco tenore della contestata norma processuale di cui all'art. 120, comma 2 *bis*,), tra la norma processuale interna che impone l'obbligo di immediata impugnazione di un atto (l'ammissione) privo di immediata lesività ed il diritto fondamentale ad un giusto ed effettivo processo desumibile dagli artt. 6 e 13 della CEDU; ciò in quanto il principio sottostante al combinato disposto degli artt. 6 e 13 della CEDU, di effettività del ricorso a fronte della violazione di un diritto, inevitabilmente implica la libertà del soggetto di autodeterminarsi in ordine alla concretezza ed attualità dell'interesse ad agire (contro le altrui ammissioni alla gara *de qua*), e quindi la libertà di stabilire autonomamente senza coartazione alcuna (anche da parte del "legislatore") se l'azione giurisdizionale risponde ad un proprio effettivo interesse ovvero di decidere di astenersi dall'agire in giudizio, se detto interesse non dovesse essere ritenuto sussistente, come accade appunto nell'ipotesi del provvedimento di ammissione, rispetto al quale non è dato sapere (nel momento in cui detto provvedimento viene adottato) se il soggetto ammesso potrà mai essere aggiudicatario, ovvero se si collocherà in una posizione della graduatoria finale, tale da non poter mai ambire all'aggiudicazione quand'anche fosse dimostrata l'illegittima presenza in graduatoria di soggetti in posizione migliore rispetto alla propria.

IV. – Per completezza si segnala quanto segue:

t) sui profili di compatibilità europea dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., si veda T.a.r. per il Piemonte, Sez. I, ordinanza 17 gennaio 2018, n. 88 cit. (oggetto della News US del 1° febbraio 2018 cui si rinvia per ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza), secondo cui "*Devono essere rimesse alla Corte di giustizia dell'Unione Europea le seguenti questioni pregiudiziali: a) se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, ostino ad una normativa nazionale, quale l'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., che impone all'operatore che partecipa ad una procedura di gara di impugnare l'ammissione/mancata esclusione di un altro soggetto, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento con cui viene disposta l'ammissione/esclusione dei partecipanti; b) se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di*

effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, osti ad una normativa nazionale quale l'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., che preclude all'operatore economico 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";

u) sul tradizionale orientamento in forza del quale un atto amministrativo deve essere tempestivamente contestato in sede giurisdizionale solo se immediatamente lesivo, si veda, in relazione all'onere di immediata impugnazione del bando di gara, la recente pronuncia dell'Adunanza plenaria del 26 aprile 2018, n. 4 (oggetto della News US del 10 maggio 2018 cui si rinvia per ampi riferimenti di dottrina e di giurisprudenza), secondo cui "*Le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impugnate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura*"; con tale pronuncia, escludendo l'onere di tempestiva impugnazione delle clausole del bando non immediatamente lesive, la Plenaria ha negato l'autonoma tutelabilità di un diritto alla legittimità della procedura di gara sganciato dalla spettanza dell'utilità finale, in linea con l'orientamento tradizionale. Quanto al nuovo rito c.d. "super accelerato" di cui ai commi 2 *bis* e 6 *bis* dell'art 120 del c.p.a. la Plenaria ne riconosce la rilevante portata innovativa e concorda sul fatto che con la detta prescrizione normativa il legislatore abbia inteso espressamente ed eccezionalmente riconoscere autonoma rilevanza ad un interesse procedimentale (quello legato alla corretta formazione della platea dei concorrenti) riconoscendo ad esso una rapida protezione giurisdizionale; non ritiene tuttavia che dallo stesso possano trarsi considerazioni espressive di un principio generale. Precisa al riguardo che:

u1) non è possibile affermare che si possa trarre dalla disposizione di cui ai commi 2 *bis* e 6 *bis* dell'art 120 del c.p.a. il principio generale secondo cui tutti i vizi del bando dovrebbero essere immediatamente denunciati, ancorché non strutturantisi in prescrizioni immediatamente lesive in quanto escludenti;

u2) sembra invece che il legislatore abbia voluto perimetrare l'interesse procedimentale (cristallizzazione della platea dei concorrenti, ammissioni ed esclusioni) favorendone l'immediata emersione, attraverso una puntuale e restrittiva indicazione dell'oggetto del giudizio da celebrarsi con il rito "superaccelerato";

u3) tanto ciò è vero che inizialmente, nello schema originario del codice dei contratti pubblici, sottoposto al parere del Consiglio di Stato, si prevedeva

un'estensione del detto rito, ma limitata unicamente alle controversie relative alla composizione della commissione (come è noto, il testo definitivo ha espunto tale indicazione, recependo i suggerimenti dell'organo consultivo, incentrate sul vincolo imposto dalla legge di delega, che non contemplava tali ipotesi);

u4) come già colto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, l'intento del legislatore è stato quello di definire prontamente la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte (Cons. Stato, commissione speciale, parere n. 885 dell'1 aprile 2016), creando un «*nuovo modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara, dove la raggiunta certezza preventiva circa la res controversa della prima è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda*» (Cons. Stato, sez. V, ordinanza n. 1059 del 15 marzo 2017);

u5) ciò è avvenuto attraverso l'emersione anticipata di un distinto interesse di natura strumentale (sia pure di nuovo conio, come definito in dottrina) che, comunque, rimane proprio e personale del concorrente, e quindi distinto dall'interesse generale alla correttezza e trasparenza delle procedure di gara;

u6) né potrebbe sostenersi che la scelta "limitativa" del legislatore possa essere tacciata di illogicità, essendo sufficiente in proposito porre in luce che l'anticipata emersione di tale interesse procedimentale si giustifica in quanto la maggiore o minore estensione della platea dei concorrenti incide oggettivamente sulla chance di aggiudicazione (il che non avviene in riferimento a censure attingenti clausole non escludenti del bando che perseguono semmai la diversa - e subordinata- ottica della ripetizione della procedura);

v) sui caratteri dell'interesse a ricorrere nel processo amministrativo, con specifico riferimento al c.d. interesse strumentale e per l'affermazione secondo cui gli assetti delle giurisdizioni nazionali e della stessa Unione europea, configurano il ricorso al giudice amministrativo come ricorso nell'interesse di una parte e mai come ricorso volto al rispetto formale delle regole, a prescindere da ogni interesse, si veda Cons. Stato, Ad. plen., ordinanza 11 maggio 2018, n. 6 (oggetto della News US del 22 maggio 2018 con ampi riferimenti di dottrina e di giurisprudenza cui si rinvia anche con riferimento ai più recenti approdi della Corte costituzionale in punto di impossibilità di configurare la tutela dell'interesse meramente strumentale dell'impresa che non abbia partecipato ad una gara), secondo cui "*Va rimesso alla Corte di Giustizia Ue il seguente quesito interpretativo: se l'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle*

procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, possa essere interpretato nel senso che esso consente che allorché alla gara abbiano partecipato più imprese e le stesse non siano state evocate in giudizio (e comunque avverso le offerte di talune di queste non sia stata proposta impugnazione) sia rimessa al Giudice, in virtù dell'autonomia processuale riconosciuta agli Stati membri, la valutazione della concretezza dell'interesse dedotto con il ricorso principale da parte del concorrente destinatario di un ricorso incidentale escludente reputato fondato, utilizzando gli strumenti processuali posti a disposizione dell'ordinamento, e rendendo così armonica la tutela di detta posizione soggettiva rispetto ai consolidati principi nazionali in punto di domanda di parte (art. 112 c.p.c.), prova dell'interesse affermato (art. 2697 cc), limiti soggettivi del giudicato che si forma soltanto tra le parti processuali e non può riguardare la posizione dei soggetti estranei alla lite (art. 2909 cc)";

w) sui rapporti tra ordinamento interno e CEDU si veda di recente Corte cost., sentenza 13 giugno 2018, n. 120, sul divieto legale di costituire (e iscriversi ad) associazioni sindacali militari (oggetto della News US del 19 giugno 2018 ai cui approfondimenti di dottrina e di giurisprudenza si rinvia).