

N. 00903/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00338/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 338 del 2018, proposto da:

Di Nizio Eugenio s.r.l, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuliano Di Pardo e Luigi Quaranta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Flavio Lorusso in Bari, via Nicolò Putignani, 50;

contro

Innovapuglia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Vito Mascolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Gabriele Bavaro in Bari, via Marchese di Montrone, 106; Regione Puglia, ASL Bari, Azienda Universitaria Ospedaliera Consorziale Policlinico di Bari, IRCCS Istituto Tumori Giovanni Paolo II di Bari, IRCCS De Bellis, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Antinia s.r.l., in proprio e nella sua qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese formato con le mandanti Eco Travel s.r.l., Laveco s.r.l. e Maio.com s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Giuseppe Orofino e Raffaello Giuseppe Orofino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Mariano Alterio in Bari, via Salvatore Matarrese, 6;
Progetto Ecologia di Albano A. & C. s.r.l. a socio unico, in persona del A.U. *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la Medieco Servizi s.r.l. e con la U.GRI di Urso Massimiliano & C. s.n.c., rappresentate e difese dall'avvocato Gaetano Tafuri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Eco Eridania s.p.a., Biosud s.r.l., non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- di tutti i verbali e dei relativi allegati, afferenti la “Gara telematica a procedura aperta per l'affidamento di Servizi integrati di Raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti ospedalieri per le Aziende Sanitarie della Regione Puglia”, nella parte in cui hanno disposto l'ammissione dell'ATI Antinia s.r.l. - Eco Travel s.r.l. - Maio.com s.r.l. - Laveco e del Raggruppamento Progetto Ecologia di Albano A. & C. s.r.l. - U.GRI s.n.c. di Urso Massimiliano & C. - Medieco Servizi s.r.l. al Lotto 2 del predetto incanto;
- del verbale n. 1 del 2.11.2017, n. 2 del 12.12.2017, n. 3 del 19.1.2018, n. 4 del 31.1.2018, nella parte in cui hanno disposto l'ammissione dell'ATI Antinia s.r.l. - Eco Travel s.r.l. - Maio.com s.r.l. - Laveco e del Raggruppamento Progetto Ecologia di Albano A. & C. s.r.l. - U.GRI s.n.c. di Urso Massimiliano & C. - Medieco Servizi s.r.l. al Lotto 2 del predetto incanto;

- del provvedimento prot. n. 180212008 del 12.2.2018 adottato dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 29, comma 1 dlgs n. 50/2016, nella parte in cui ha disposto l'ammissione dell'ATI Antinia s.r.l. - Eco Travel s.r.l. - Maio.com s.r.l. - Laveco e del Raggruppamento Progetto Ecologia di Albano A. & C. s.r.l. - U.GRI s.n.c. di Urso Massimiliano & C. - Medieco Servizi s.r.l. al Lotto 2 del predetto incanto;
- di ogni atto, attività e provvedimento relativo al soccorso istruttorio cui sono state ammesse l'ATI Antinia e l'ATI Progetto Ecologia;
- nonché di ogni altro atto e/o provvedimento prodromico, consequenziale o connesso;
- di ogni altro verbale anche di gara di estremi e contenuti non conosciuti;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Innovapuglia s.p.a., di Antinia s.r.l., in proprio e nella sua qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese formato con le mandanti Eco Travel s.r.l., Laveco s.r.l. e Maio.com s.r.l., e di Progetto Ecologia di Albano A. & C. s.r.l. a socio unico, in proprio e quale capogruppo del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la Medieco Servizi s.r.l. e con la U.GRI di Urso Massimiliano & C. s.n.c.;

Visti gli artt. 79, comma 1 cod. proc. amm., 134 Cost., 1 legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 e 23 legge 11 marzo 1953, n. 87;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Francesco Cocomile e uditi nella camera di consiglio del giorno 13 giugno 2018 per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Ritenuto in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

1. - Con bando del 2.8.2017 Innovapuglia s.p.a. indiceva “Gara telematica a procedura aperta per l’affidamento di Servizi integrati di Raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti ospedalieri per le Aziende Sanitarie della Regione Puglia”.

L’incanto era articolato in quattro lotti (Lotto 1 ASL Foggia, AOU OO.RR di Foggia, ASL BAT, importo €. 8.212.106,68; Lotto 2 ASL Bari, A.O.U.C. Policlinico di Bari, I.R.C.C.S. Istituto Tumori Giovanni Paolo II di Bari, I.R.C.C.S. De Bellis di Castellana Grotte, importo €. 8.987.078,80; Lotto 3 ASL Brindisi e ASL Taranto, importo €. 6.821.765,68; Lotto 4 ASL Lecce, importo €. 5.232.555,00), da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Nel dettaglio, alla procedura hanno concorso:

- a) la Di Nizio Eugenio s.r.l. (quale impresa singola) per i Lotti 1 e 2;
- b) il raggruppamento tra Eco Travel, Maio.com, Laveco e Antinia per il Lotto 1;
- c) per il Lotto 2 il raggruppamento tra Antinia, Eco Travel, Laveco e Maio.com;
- d) per il Lotto 2 il RTI Progetto Ecologia di Albano A. & C. s.r.l. a socio unico - U.GRI s.n.c. di Urso Massimiliano & C. - Medieco Servizi s.r.l.;
- e) per i Lotti 3 e 4 il Raggruppamento tra Biosud s.r.l. e Salvaguardia Ambientale.

Pertanto, al Lotto 2, oggetto del presente contenzioso, partecipavano nel complesso tre soggetti: l’odierna ricorrente Di Nizio Eugenio s.r.l. ed i controinteressati RTI Antinia s.r.l. - Eco Travel - Laveco - Maio.com ed il raggruppamento Progetto Ecologia di Albano A. & C. s.r.l. a socio unico - U.GRI s.n.c. di Urso Massimiliano & C. - Medieco Servizi s.r.l.

In data 12.2.2018 veniva adottato ai sensi dell’art. 29, comma 1 dlgs n. 50/2016 dalla stazione appaltante il censurato provvedimento prot. n. 180212008 contenente le ammissioni alla gara.

Non risulta essere intervenuto il provvedimento di aggiudicazione.

2. - La istante Di Nizio Eugenio s.r.l. proponeva ricorso ai sensi dell'art. 120, comma 2 *bis* cod. proc. amm. (notificato in data 2.3.2018), contestando l'ammissione (di cui al provvedimento prot. n. 180212008 del 12.2.2018 adottato dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 29, comma 1 dlgs n. 50/2016) rispettivamente del RTI Progetto Ecologia di Albano A. & C. s.r.l. a socio unico - U.GRI s.n.c. di Urso Massimiliano & C. - Medieco Servizi s.r.l. (censure da pag. 5 e ss. dell'atto introduttivo) e del RTI Antinia - Eco Travel - Laveco - Maio.com (doglianze da pag. 12 e ss. dell'atto introduttivo).

Le doglianze avverso le ammissioni dei due raggruppamenti si fondavano su distinte ragioni.

Il ricorso introduttivo non era accompagnato da istanza di tutela cautelare.

3. - Si costituivano la stazione appaltante Innovapuglia s.p.a. ed i controinteressati RTI Progetto Ecologia di Albano A. & C. s.r.l. a socio unico - U.GRI s.n.c. di Urso Massimiliano & C. - Medieco Servizi s.r.l. ed RTI Antinia s.r.l. - Eco Travel s.r.l. - Laveco s.r.l. - Maio.com s.r.l., resistendo al gravame.

4. - Nel corso della camera di consiglio del giorno 13 giugno 2018, fissata ai fini della definizione del giudizio nel merito ai sensi dell'art. 120, comma 6 *bis* cod. proc. amm., il Collegio indicava - ai sensi dell'art. 73, comma 3 cod. proc. amm. - alla discussione delle parti la questione (sollevata d'ufficio *ex artt.* 1 legge costituzionale n. 1/1948 e 23, comma 3 legge n. 87/1953) di costituzionalità dell'art. 120, comma 2 *bis*, primo e secondo periodo cod. proc. amm. (comma aggiunto dall'art. 204, comma 1, lettera b), del D.Lgs. 8 aprile 2016, n. 50), limitatamente all'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione, 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, 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"), trattandosi di atti privi di immediata lesività.

Quindi la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - Questo Collegio ritiene che la questione di legittimità costituzionale dell'art. 120, comma 2 *bis*, primo e secondo periodo cod. proc. amm. (comma aggiunto dall'art. 204, comma 1, lettera b) dlgs n. 50/2016), limitatamente all'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione, 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 n. 848/1955, nella parte in cui pone l'onere di immediata impugnazione delle ammissioni alle gare pubbliche, 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"), assuma rilevanza pregiudiziale ai fini della decisione della presente causa e sia non manifestamente infondata, per le ragioni che si diranno.

1.1. - Preliminarmente, va evidenziato che secondo Cons. Stato, Ad. Plen., 8 aprile 1963, n. 8:

«... Attribuire al giudice il potere di sollevare d'ufficio una certa questione, non avrebbe senso, se essa non dovesse servire alla definizione del giudizio. Questo potere conferito dalla norma costituzionale senza limitazione alcuna, può essere,

quindi, esercitato non solo per risolvere dubbi sulla giurisdizione o sui presupposti processuali, ma anche per risolvere quelli concernenti il merito della controversia, cioè la legittimità dell'atto impugnato. Ora, poiché il potere è attribuito da una norma costituzionale (della quale l'art. 23, comma 3° della legge ordinaria 11 marzo 1953, n. 87, è semplice reiterazione) non si può ritenere che esso trovi ostacolo nei principi di legge ordinaria, secondo i quali il Consiglio di Stato può decidere solo sui motivi dedotti dal ricorrente. ...».

Pertanto, alla luce del principio di diritto sancito in detta decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 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.

Come evidenziato da autorevole dottrina, le condizioni dell'azione (tra cui anche l'interesse ad agire *ex art.* 100 cod. proc. civ.), intese quali requisiti intrinseci della domanda, concernenti il merito della controversia, con riguardo al suo contenuto necessario affinché il giudice possa pronunciarsi sulla pretesa sostanziale, concorrono, in uno ai citati presupposti processuali (*i.e.* elementi, attinenti alla regolare costituzione del rapporto processuale, che devono necessariamente sussistere prima della proposizione della domanda giudiziale la cui esistenza è condizione necessaria affinché sorga il potere-dovere del giudice di pronunciarsi sulla pretesa sostanziale dedotta), a costituire la più ampia categoria dei "presupposti di ammissibilità o ricevibilità del ricorso"; pertanto, l'affermazione operata da Ad. Plen. n. 8/1963 si può certamente ritenere estensibile alla possibilità di rilevazione d'ufficio "senza limitazione alcuna" della questione di costituzionalità per risolvere un dubbio concernente la sussistenza della condizione

dell'azione dell'interesse ad agire, ipotesi appunto ricorrente nella fattispecie in esame.

In ogni caso, la statuizione di Ad. Plen. n. 8/1963 è relativa a dubbi insorti in ordine a presupposti processuali e quindi più in generale a norme processuali, tra le quali certamente si può annoverare la disposizione di cui al citato art. 100 cod. proc. civ. rubricato "Interesse ad agire" ("Per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse").

1.2. - La previsione oggetto di scrutinio di costituzionalità (art. 120, comma 2 *bis*, primo e secondo periodo cod. proc. amm., comma aggiunto dall'art. 204, comma 1, lett. b) dlgs n. 50/2016), limitatamente all'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione, così statuisce:

«Il provvedimento che determina ... 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'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 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.»

La menzionata disposizione trova applicazione nel caso in esame poiché il bando della procedura di gara per cui è causa risale al 2 agosto 2017 e quindi opera la previsione di cui al combinato disposto dell'art. 216, comma 1 dlgs n. 50/2016 ("Fatto salvo quanto previsto nel presente articolo ovvero nelle singole disposizioni di cui al presente codice, lo stesso si applica alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure

e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte.”) e dell’art. 220 dlgs n. 50/2016 (“Il presente codice entra in vigore il giorno stesso della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale” [i.e. 19 aprile 2016]).

Invero, come evidenziato da Cons. Stato, Sez. III, 25.11.2016, n. 4994:

«Quando viene introdotto un nuovo assetto normativo, che modifica un regime esistente, il legislatore deve (dovrebbe) farsi carico delle questioni di diritto intertemporale e dettare una chiara disciplina sulla transizione tra la regolazione previgente e quella nuova. In astratto, le opzioni regolatorie concettualmente disponibili sono tre: a) la normativa anteriore continua ad applicarsi ai rapporti sorti prima dell’entrata in vigore del nuovo atto normativo (principio di ultrattività); b) la nuova normativa si applica anche ai rapporti pendenti (principio di retroattività); c) previsione di una regolazione autonoma provvisoria. In mancanza di un’esplicita regolazione del regime transitorio, ma solo in quel caso, soccorrono all’interprete i noti principi del divieto di retroattività (articolo 11 delle preleggi: “la legge non dispone che per l’avvenire”), che impedisce di ascrivere entro l’ambito operativo di una disposizione legislativa nuova una situazione sostanziale sorta prima, e, per quanto riguarda le fattispecie sostanziali che constano di una sequenza di atti (ivi comprese quelle processuali), il principio del *tempus regit actum*, che impone di giudicare ogni atto della procedura soggetto al regime normativo vigente al momento della sua adozione. Con riferimento alle disposizioni recate dal d.lg. n. 50 del 2016, il legislatore del 2016 si è fatto carico delle questioni di diritto transitorio e le ha chiaramente risolte scegliendo e utilizzando (tra quelle astrattamente disponibili) l’opzione dell’ultrattività, mediante, cioè, la previsione generale che le disposizioni introdotte dal Dlgs n. 50 del 2016 si applicano solo alle procedure bandite dopo la data dell’entrata in vigore del nuovo “Codice”, e, quindi, dopo il 19 aprile 2016, e il rinvio a disposizioni

speciali e testuali di un diverso regime di transizione; pertanto, l'anzidetta previsione, chiarissima nella sua portata precettiva, impedisce, innanzitutto, ogni esegesi di questioni ermeneutiche di diritto intertemporale che si fondi sulla regola *tempus regit actum* (pure prospettato come canone risolutivo, in senso contrario a quello qui affermato, del problema in esame), e che si rivela, evidentemente, recessiva rispetto a una disposizione normativa che regola la successione nel tempo delle leggi, e vincola, al contrario, l'interprete ad attenersi alla stretta applicazione della disciplina transitoria. Ne consegue che poiché il rito "superspeciale" di cui ai commi 2 *bis* e 6 *bis* dell'art. 120 c.proc.amm. risulta concepito e regolato in coerenza con la nuova disciplina procedimentale introdotta dal d.lg. n. 50 del 2016, resta del tutto illogica l'entrata in vigore differenziata dei due regimi (processuale e sostanziale) atteso che l'onere di impugnazione immediata, nel termine di trenta giorni, del "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" risulta esigibile solo a fronte della contestuale operatività delle disposizioni del decreto legislativo che ne consentono l'immediata conoscenza da parte delle imprese partecipanti alla gara e, segnatamente, degli art. 29, comma 1, e 76, comma 3.».

Venendo in rilievo nella vicenda per cui è causa un bando (del 2.8.2017) pubblicato in epoca successiva alla data di entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici (*i.e.* 19.4.2016), può operare *ratione temporis* - alla luce del principio di diritto espresso dalla citata sentenza del Consiglio di Stato - il cd. rito super accelerato di cui al combinato disposto dei commi 2 *bis* e 6 *bis* dell'art. 120 cod. proc. amm. (commi entrambi introdotti dall'art. 204 dlgs n. 50/2016).

Inoltre, va evidenziato che l'onere di immediata impugnativa dell'altrui ammissione alla procedura di gara senza attendere l'aggiudicazione, previsto dalla disposizione

oggetto di scrutinio di costituzionalità, è subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura ai sensi dell'art. 29, comma 1 dlgs n. 50/2016 (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 26.1.2018, n. 565 e Cons. Stato, Sez. V, 23.3.2018, n. 1843).

Nella fattispecie *de qua* le ammissioni sono state pubblicate, ai sensi del citato art. 29, comma 1 dlgs n. 50/2016, con il gravato provvedimento prot. n. 180212008 del 12.2.2018 adottato da Innovapuglia s.p.a.

Pertanto *nulla quaestio* in ordine alla astratta operatività nel caso di specie del rito super accelerato di cui al combinato disposto dei commi 2 *bis* e 6 *bis* dell'art. 120 cod. proc. amm.

In conclusione, il sistema di cui al nuovo codice dei contratti pubblici del 2016 denota una stretta compenetrazione, peraltro tipica del diritto amministrativo in generale, tra profili di diritto sostanziale ed aspetti di diritto processuale, con la conseguenza che soltanto laddove (ipotesi appunto ricorrente nella fattispecie *de qua*) siano pienamente operanti i primi (in ragione sia del tempo di pubblicazione del bando, sia della concreta operatività del meccanismo di pubblicazione *on line* degli atti della procedura ai sensi dell'art. 29, comma 1 dlgs n. 50/2016) può trovare applicazione il rito super accelerato introdotto dallo stesso legislatore dei contratti pubblici del 2016.

1.3. - Si indicano ai sensi dell'art. 23, comma 1, lett. b) legge n. 87/1953 le seguenti disposizioni della Costituzione che si assumono violate:

a) art. 3, comma 1: “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.”;

b) art. 24, commi 1 e 2: “[I] Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. [II] La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.”;

c) art. 103, comma 1: “Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi.”;

d) art. 111, commi 1 e 2 (commi premessi dall’art. 1 legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2): “[I] La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. [II] Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata”.

e) art. 113, commi 1 e 2: “[I] Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. [II] Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti.”;

f) art. 117, comma 1 (come novellato dalla legge costituzionale n. 3/2001): “La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.”

Le norme interposte della CEDU (Convenzione europea dei diritti dell’uomo di Roma del 4.11.1950 recepita con legge n. 848/1955) rilevanti *ex*menzionato art. 117, comma 1 Cost. ai fini della presente rimessione (diritto ad un giusto ed effettivo processo) sono:

a) art. 6, par. 1 (in tema di “Diritto a un equo processo”): “1. 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.”;

b) art. 13 (in tema di “Diritto a un ricorso effettivo”): “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.”.

2. - Sussiste, ai sensi dell'art. 23, comma 2 legge n. 87/1953, il primo presupposto, consistente nella rilevanza della questione ai fini della definizione del presente contenzioso, di rimessione della questione di costituzionalità dell'art. 120, comma 2 *bis*, primo e secondo periodo cod. proc. amm. (limitatamente alla problematica della impugnazione delle ammissioni) alla Corte costituzionale (“... il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale ...”).

Invero, l'eventuale declaratoria di incostituzionalità della comma 2 *bis*, primo e secondo periodo, della disposizione in esame (nei limiti indicati) comporterebbe l'adozione, da parte di questo Giudice in sede di giudizio di prosecuzione *ex* art. 80, comma 1 cod. proc. amm., di una sentenza di rito (*ex* art. 35 cod. proc. amm.) dichiarativa della inammissibilità del ricorso per essere stato impugnato dalla ricorrente un atto endoprocedimentale non immediatamente lesivo (quale appunto le ammissioni alla procedura *de qua* dei raggruppamenti controinteressati di cui al

gravato provvedimento prot. n. 180212008 del 12.2.2018 adottato dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 29, comma 1 dlgs n. 50/2016).

All'opposto, dall'accertamento, da parte della Corte costituzionale, della compatibilità costituzionale della contestata disposizione deriverebbe la necessità per questo Giudice di adottare una pronunzia di merito (*ex art. 34 cod. proc. amm.*) e quindi di valutare la fondatezza del ricorso e accertare se effettivamente vi erano o meno i presupposti per l'ammissione alla procedura di gara dei due raggruppamenti controinteressati.

Da qui la rilevanza della questione di legittimità costituzionale della citata previsione normativa ai fini della decisione della presente controversia.

E', quindi, evidente la necessità che la disposizione in esame (art. 120, comma 2 *bis*, primo e secondo inciso cod. proc. amm. per quanto concerne la parte relativa all'onere di immediata impugnazione delle ammissioni) riceva applicazione da parte di questo Giudice nel giudizio *a quo*.

Si tratta di una "rilevanza" attuale e concreta della questione di costituzionalità poiché, operando con riferimento alla fattispecie in esame la citata previsione normativa, il ricorso dovrebbe certamente essere considerato non solo tempestivo (in quanto proposto con ricorso notificato in data 2.3.2018 avverso il provvedimento prot. n. 180212008 del 12.2.2018 contenente le ammissioni *ex art. 29, comma 1 dlgs n. 50/2016*), ma anche evidentemente ammissibile, poiché è lo stesso legislatore ad imporre l'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione (onere che nel caso di specie è stato osservato dalla ricorrente Di Nizio Eugenio s.r.l.).

All'opposto, se si applicasse l'ordinamento processuale amministrativo depurato dalla norma in contestazione, sarebbe preclusa l'impugnazione delle ammissioni, in quanto atto endoprocedimentale, non immediatamente lesivo e quindi il gravame sarebbe dichiarato inammissibile (cfr., sulla natura endoprocedimentale, non

immediatamente lesiva dell'atto di ammissione e quindi non autonomamente impugnabile, Cons. Stato, Sez. V, 14.4.2008, n. 1600, pronunzia resa con riferimento ad un'epoca in cui non esisteva la contestata previsione normativa).

3. - Relativamente al profilo della non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità *ex art.* 23, comma 2 legge n. 87/1953 si evidenzia quanto segue.

3.1. - Ritiene questo Collegio che 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 ponga 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 del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1 dlgs n. 50/2016, 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 ("L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale").

Viene, infatti, stabilito *ex lege* che esclusioni ed ammissioni sono atti endoprocedimentali dotati di immediata lesività e, conseguentemente, necessitanti di immediata impugnazione.

L'onere di immediata impugnazione dell'ammissione di tutti gli operatori economici diviene, pertanto, a partire dalla novella legislativa del 2016 condizione di ammissibilità della futura impugnazione del provvedimento di aggiudicazione anche in carenza di un'effettiva lesione ed utilità concreta.

La *ratio* perseguita dal legislatore, con disposizione di portata certamente innovativa per quanto concerne le ammissioni, va ravvisata in sostanza nella celere definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione in

modo tale da individuare in modo certo e non più discutibile la platea dei soggetti ammessi in gara in un momento antecedente rispetto all'esame delle offerte ed alla conseguente aggiudicazione.

Tuttavia, in precedenza (*i.e.* in epoca antecedente all'entrata in vigore del dlgs n. 50/2016 che ha introdotto la previsione di cui al comma 2 *bis*, primo periodo dell'art. 120 cod. proc. amm.), la necessità della immediata impugnazione di un atto endoprocedimentale era stata affermata dal Consiglio di Stato unicamente con riguardo al provvedimento di esclusione adottato dalla Commissione nel corso di una seduta alla quale avesse partecipato un rappresentante della concorrente esclusa (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23.2.2015, n. 856: "... Il termine decadenziale per impugnare gli atti delle procedure di affidamento di appalti pubblici, ed in particolare l'aggiudicazione definitiva in favore di terzi, decorre dalla conoscenza di quest'ultima comunque acquisita dall'impresa partecipante alla gara (da ultimo: Sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143 e Sez. III, 7 gennaio 2015, n. 25; in precedenza: Ad. plen. 31 luglio 2012, n. 31). A questo principio di diritto, ripetutamente affermato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, fa unica eccezione il caso in cui sia impugnato il provvedimento di esclusione dalla gara adottato dalla commissione nel corso della stessa ed in una seduta alla quale abbia partecipato un rappresentante della concorrente esclusa. Trattandosi infatti di determinazione immediatamente lesiva, malgrado il suo carattere endoprocedimentale, la giurisprudenza fissa la decorrenza del termine decadenziale *ex art.* 29 cod. proc. amm. in tale momento (in questi termini: Sez. III, 22 agosto 2012, n. 4593; Sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 740; Sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6264, 14 maggio 2013, n. 2614; Sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 6531). ...").

Pertanto, sul punto specifico dell'onere di immediata impugnazione del provvedimento di esclusione si può ritenere che l'art. 120, comma 2 *bis*, primo periodo cod. proc. amm. non abbia portata innovativa rispetto al precedente

quadro normativo come interpretato dalla giurisprudenza amministrativa dell'epoca.

All'opposto, la questione di compatibilità costituzionale (alla stregua dei menzionati artt. 3, comma 1, 24, commi 1 e 2, 103, comma 1, 111, commi 1 e 2 e 113, commi 1 e 2 Cost.) si pone con riferimento ad una previsione legislativa (certamente innovativa rispetto al quadro normativo e giurisprudenziale antecedente) generale ed astratta (*rectius* art. 120, comma 2 *bis*, primo e secondo periodo cod. proc. amm. sul punto dell'onere di immediata impugnazione delle ammissioni, questione rilevante nella vicenda in esame), previsione che attribuisce in via preventiva natura lesiva ad un atto tipicamente endoprocedimentale (*i.e.* specificamente le ammissioni), la cui impugnazione è priva, per sua natura, di utilità concreta ed attuale per un partecipante (quale l'odierna ricorrente Di Nizio s.r.l.) che ancora (*i.e.* nel momento in cui è costretto - in forza della contestata disposizione - alla proposizione del ricorso giurisdizionale) ignora l'esito finale della procedura selettiva.

Il sistema processuale previgente, come interpretato dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14.4.2008, n. 1600 in precedenza menzionato), precludeva, infatti, l'impugnazione immediata delle ammissioni in quanto atti endoprocedimentali privi di immediata lesività.

La nuova disposizione (art. 120, comma 2 *bis*, primo e secondo inciso cod. proc. amm.), introdotta dal dlgs n. 50/2016, ribalta, con specifico riferimento ai provvedimenti di ammissione, l'orientamento precedente ed espressamente impone l'onere di immediata impugnazione delle citate ammissioni, contemplando un rito speciale ed accelerato (comma 6 *bis*) per dette controversie in materia di appalti.

Detto 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 effettiva di detto interesse (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 6.3.2002, n. 1371; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 9.1.2017, n. 235; T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 17.1.2018, n. 88; Cons. Stato, Sez. III, 1.9.2014, n. 4449; Cons. Stato, Sez. V, 23.2.2015, n. 855; punto 13.5.1, lett. c) della motivazione della ordinanza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 6 dell'11.5.2018).

In ordine al citato principio in tema di concretezza e attualità della titolarità dell'interesse all'azione *ex art. 100 cod. proc. civ.*, il ricorso giurisdizionale è sempre stato considerato in passato un rimedio non 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.

Si richiamano a tal riguardo le interessanti osservazioni di Cons. Stato, Sez. VI, 6.3.2002, n. 1371:

«... Si deve prendere le mosse dal principio generale, sancito dall'art. 100 del codice di rito civile, applicabile anche al processo amministrativo, a guisa del quale costituisce condizione per l'ammissibilità dell'azione, oltre alla titolarità di una situazione giuridica sostanziale di diritto soggettivo o di interesse legittimo, anche la sussistenza dell'interesse a ricorrere, inteso quest'ultimo non come idoneità astratta dell'azione a realizzare il risultato perseguito ma, più specificamente, come interesse proprio del ricorrente al conseguimento di un'utilità o di un vantaggio (materiale o, in certi casi, morale) attraverso il processo amministrativo; vale a dire, nell'ottica di un processo amministrativo di stampo impugnatorio originato dal varo di una determinazione lesiva di interessi legittimi, la sussistenza di un interesse all'eliminazione del provvedimento oggetto di impugnazione.

A parere della dottrina e della giurisprudenza dominanti, l'interesse al ricorso è qualificato da un duplice ordine di fattori:

a) la lesione, effettiva e concreta, che il provvedimento che si vuole impugnare, e alla cui caducazione si è quindi interessati, arreca alla sfera patrimoniale, o anche semplicemente morale, del ricorrente;

b) il vantaggio, anche solo potenziale, che il ricorrente si ripromette di ottenere dall'annullamento del provvedimento impugnato.

L'interesse a ricorrere deve altresì 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).

Si deve soggiungere, ai fini che qui rilevano, che la giurisprudenza reputa sufficiente a radicare l'interesse al ricorso la sussistenza di un interesse di carattere strumentale, inteso 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.

L'assunto della sufficienza di un interesse di carattere strumentale è stato posto alla base del riconoscimento della legittimazione ad impugnare l'atto di aggiudicazione da parte di un soggetto che non sia stato posto in grado di partecipare ad una procedura di evidenza ovvero sia stato escluso da una trattativa privata e aspiri, per effetto dell'accoglimento del ricorso, alla ripetizione o alla prima indizione della procedura selettiva (Cons. Stato, sezione V, n. 792/1996; 454/1995; sezione VI, 7 giugno 2001, n. 3090; 7 maggio 2001, n. 2541); così come a tale categoria

concettuale si è fatto riferimento per ammettere la legittimazione di un'impresa a contestare la scelta dell'amministrazione di gestire un servizio pubblico attraverso il modulo della convenzione con altri enti locali, in modo da frustrare l'aspirazione a giocare le proprie chances di essere affidataria della gestione in caso di ricorso a moduli gestori basati sull'apporto di soggetti privati esterni al plesso amministrativo (Cons. Stato, sezione V, n. 1374/1996).

Ancora, la suddetta ricostruzione dell'interesse a ricorrere, in termini di vantaggio anche solo potenziale che si ritrae dalla caducazione del provvedimento impugnato, determina la declaratoria dell'inammissibilità del ricorso o dei singoli motivi di ricorso dal cui accoglimento non derivi alcuna utilità in capo al ricorrente alla stregua della cosiddetta prova della resistenza; la necessità della sottoposizione del ricorso al vaglio della prova di resistenza trova ampia applicazione in caso di ricorsi diretti ad ottenere l'annullamento di una graduatoria di un concorso pubblico ovvero di una gara di appalto, laddove il ricorrente è chiamato a dimostrare che l'attribuzione dei punteggi rivendicati si concreterebbe nell'acquisizione di una posizione utile in seno alla graduatoria.

Si può concludere questa sintetica ricapitolazione dei caratteri dell'interesse a ricorrere con l'osservazione che anche nel processo amministrativo il risultato utile che il ricorrente deve dimostrare di poter perseguire non può isterilirsi nella semplice garanzia dell'interesse legittimo e, men che meno, nella rivendicazione popolare della legittimità *ex se* dell'azione pubblica.

Deve allora trovare condivisione l'affermazione dei primi Giudici secondo cui "il requisito dell'attualità dell'interesse non può considerarsi sussistente quando il pregiudizio derivante dall'atto amministrativo sia meramente eventuale, quando cioè non è certo, al momento dell'emanazione del provvedimento, se si realizzerà in un secondo tempo la lesione della sfera giuridica del soggetto.

Da ciò deriva che il ricorso diretto ad ottenere una pronuncia di principio che possa essere fatta valere in un futuro giudizio con riferimento a successivi comportamenti dell'Amministrazione deve ritenersi inammissibile, atteso che la tutela di un interesse strumentale deve aderire in modo rigoroso all'oggetto del giudizio con carattere diretto ed attuale. (cfr. Cons. Giustizia Amm. Reg. Sicilia - n. 372 del 9 giugno 1998)". ...».

Su questa stessa linea interpretativa T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 9.1.2017, n. 235 esclude la tutelabilità in sede giurisdizionale di un interesse meramente potenziale, ovvero subordinato al verificarsi di un evento futuro, occorrendo che la lesione si configuri come un *vulnus* immediato tale da precludere subito il conseguimento del bene della vita a cui il ricorrente aspira, escludendosi tale condizione quando l'atto impugnato necessita di ulteriori provvedimenti futuri e non ancora adottati. Tale è il caso della ammissione, atto che non produce un *vulnus* immediato al partecipante, essendo necessario un ulteriore provvedimento (*rectius* l'aggiudicazione in favore del soggetto ammesso).

Cons. Stato, Sez. III, 1.9.2014, n. 4449 richiede, al fine della ammissibilità del ricorso giurisdizionale al giudice amministrativo, la necessaria esistenza di un interesse personale, concreto ed attuale al conseguimento di un vantaggio materiale o morale derivante dal processo amministrativo, non potendosi ammettere il piegare l'esercizio della giustizia amministrativa ad una funzione di oggettiva verifica, di carattere generale, del rispetto della legalità e cioè di giurisdizione di diritto oggettivo, scollegata ad una posizione direttamente legittimante del ricorrente, impostazione ritenuta estranea al nostro ordinamento.

Cons. Stato, Sez. V, 23.2.2015, n. 855 conferma la necessità per agire nel processo amministrativo non solo di essere titolari di una situazione giuridica riconducibile a diritto soggettivo o interesse legittimo, ma anche di un interesse a ricorrere inteso, lungi che come idoneità astratta a conseguire un risultato utile, come interesse

personale, concreto ed attuale al conseguimento di un vantaggio materiale o morale.

Il punto 13.5.1, lett. c) della motivazione della ordinanza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 6 dell'11.5.2018, al fine di rimettere alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea un quesito interpretativo circa il rapporto intercorrente tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente nell'ambito del rito degli appalti con riferimento a gare pubbliche cui abbiano partecipato più imprese, considera una nozione di interesse ad agire scevra dei predicati di certezza e attualità come distonica rispetto ai principi generali del processo amministrativo costantemente affermati dalla giurisprudenza.

Infine, come evidenziato da Cons. Stato, Sez. V, 2.4.2014, n. 1572, "... l'interesse ad agire sancito dall'art. 100 c.p.c., da sempre considerato applicabile al processo amministrativo ora anche in virtù del rinvio esterno operato dall'art. 39, co. 1, c.p.a. è scolpito nella sua tradizionale definizione di "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*; da qui i suoi caratteri essenziali costituiti dalla concretezza ed attualità del danno (anche in termini di probabilità), alla posizione soggettiva di cui si invoca tutela; esso resta logicamente escluso quando sia strumentale alla definizione di questioni correlate a situazioni future e incerte perché meramente ipotetiche; sicché in tale frangente la pretesa ostesa in giudizio si rivela per quello che è, ovvero, una mera speranza al riesercizio futuro ed eventuale del potere amministrativo, inidonea a configurare l'interesse ad agire; ...".

Pertanto, l'interesse al ricorso *ex art. 100 cod. proc. civ.* è qualificato da un duplice ordine di elementi costitutivi:

- a) la lesione, effettiva e concreta, che il provvedimento impugnato arreca alla sfera patrimoniale, o anche semplicemente morale, del ricorrente;
- b) il vantaggio, anche solo potenziale, che il ricorrente mira a conseguire dall'annullamento del provvedimento gravato.

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).

Si deve, altresì, evidenziare che la giurisprudenza reputa sufficiente a radicare l'interesse al ricorso la sussistenza di un interesse di carattere strumentale, inteso 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 (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 2.3.2018, n. 1292: "Sussiste l'interesse al ricorso censurante solamente la nomina della Commissione giudicatrice, senza allegazione di un pregiudizio concreto arrecato dall'asserita composizione irregolare della stessa all'esito del procedimento di valutazione comparativa concorrenziale, in quanto si tratta di un interesse strumentale alla rinnovazione della gara, mirante al potenziale effetto favorevole che deriverebbe dal rifacimento dell'intera gara e dalla conseguente nuova valutazione dell'offerta (in termini Cons. Stato, V, 26 gennaio 1996, n. 92; IV, 10 aprile 2006, n. 1971). Del resto, diversamente opinando, ed in particolare prospettando che l'Amministrazione potrebbe anche non rinnovare la

gara, si perverrebbe alla paradossale situazione di dichiarare inammissibile ogni ricorso in cui permanga un'ampia discrezionalità dell'Amministrazione in sede di rinnovazione del procedimento.”).

Ne discende che in base alle regole generali il ricorso dovrebbe essere dichiarato inammissibile nel caso in cui il ricorrente dall'ipotetico accoglimento non ne possa ricavare alcuna utilità alla stregua della cd. prova di resistenza.

La necessità della sottoposizione del ricorso al vaglio della prova di resistenza - come evidenziato da Cons. Stato, Sez. VI, 6.3.2002, n. 1371 in precedenza citata - trova ampia operatività pratica in caso di ricorsi diretti ad ottenere l'annullamento di una graduatoria di un concorso pubblico ovvero di una gara di appalto, laddove il ricorrente è chiamato a dimostrare che l'attribuzione dei punteggi rivendicati si concreterebbe nell'acquisizione di una posizione utile in seno alla graduatoria.

Si veda sul punto Cons. Stato, Sez. V, 26.4.2018, n. 2534: “E' necessaria la cd. prova di resistenza, essenziale per la dimostrazione dell'interesse al ricorso che, come è noto costituisce condizione dell'azione *ex art.* 100 c.p.c., rilevabile anche d'ufficio e, in sede di appello. In linea generale, la verifica della sussistenza dell'interesse all'impugnativa deve manifestare la sua concretezza, nel senso che l'annullamento degli atti gravati deve risultare idoneo ad arrecare al ricorrente un'effettiva utilità, con la conseguenza che il gravame dell'aggiudicazione di un appalto pubblico che non sia finalizzato ad ottenere la rinnovazione della gara o l'esclusione dell'impresa aggiudicataria (che implicherebbero un immediato vantaggio per il ricorrente), ma che risulti fondato sulla sola contestazione della correttezza dei punteggi assegnati alle concorrenti, dev'essere sorretto, per essere ritenuto ammissibile, dalla c.d. prova di resistenza e, cioè, dalla dimostrazione a priori che, se le operazioni si fossero svolte correttamente, la ricorrente sarebbe risultata con certezza aggiudicataria (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5717 e 8 settembre 2015, n. 4209).”.

In definitiva, dalla citata giurisprudenza si ricava il principio fondamentale in forza del quale anche nel processo amministrativo il risultato utile che il ricorrente deve dimostrare di poter perseguire non può isterilirsi nella semplice garanzia dell'interesse legittimo e, men che meno, nella rivendicazione popolare della legittimità / legalità *ex se* dell'azione pubblica.

Conclusivamente, la novella di cui all'art. 120, comma 2 *bis* cod. proc. amm. deve confrontarsi con i principi generali delineati dalla giurisprudenza secondo cui «il requisito dell'attualità dell'interesse non sussiste quando il pregiudizio derivante dall'atto amministrativo è meramente eventuale, e cioè quando l'emanazione del provvedimento non sia di per sé in grado di arrecare una lesione nella sfera giuridica del soggetto né sia certo che una siffatta lesione comunque si realizzerà in un secondo tempo; pertanto, è inammissibile il ricorso che tende ad ottenere una pronuncia di principio, che possa essere fatta valere in un futuro giudizio con riferimento a successivi comportamenti dell'amministrazione, atteso che la tutela di un interesse strumentale deve aderire in modo rigoroso all'oggetto del giudizio, con carattere diretto ed attuale.» (cfr. Consiglio Stato, Sez. IV, 19.6.2006, n. 3656 e Cons. Stato, Sez. IV, 7.6.2012, n. 3365).

Ciò premesso, si evidenzia quanto segue.

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 - a ben vedere - una ipotesi di “giurisdizione amministrativa oggettiva” (e cioè avente funzione di oggettiva verifica, di carattere generale, del rispetto della legalità dell'azione amministrativa, ciò che la decisione di Cons. Stato, Sez. III, 1.9.2014, n. 4449 sopra menzionata esclude possa essere considerato ammissibile) 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".

Inoltre, 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, poiché solo lui 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.

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*, primo e secondo periodo cod. proc. amm. costituisce una illegittima deviazione rispetto al quadro costituzionale predetto.

Invero, 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 (nel caso di specie la ricorrente Di Nizio s.r.l.) ad impugnare (a prescindere da ogni concreta utilità nel senso in precedenza delineato) le ammissioni di altri soggetti partecipanti (*rectius* nella fattispecie *de qua* i raggruppamenti controinteressati Progetto Ecologia di Albano A. & C. s.r.l. a socio unico - U.GRI s.n.c. di Urso Massimiliano & C. -

Medieco Servizi s.r.l. ed il RTI Antinia - Eco Travel - Laveco - Maio.com), 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.

E', infatti, evidente che al momento della ammissione delle ditte in gara la posizione delle concorrenti è neutra o meglio indifferenziata in quanto solo potenzialmente lesiva.

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.

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 cod. proc. amm. ["La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo"] e 7, comma 7 cod. proc. amm. ["Il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi"]) 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 (cfr. art. 13, comma 6 *bis*, lett. d) d.p.r. n. 115/2002: "Il contributo unificato per i ricorsi proposti davanti ai Tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato

è dovuto nei seguenti importi: ... d) per i ricorsi di cui all'articolo 119, comma 1, lettere a) e b), del codice di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, il contributo dovuto è di euro 2.000 quando il valore della controversia è pari o inferiore ad euro 200.000; per quelle di importo compreso tra euro 200.000 e 1.000.000 il contributo dovuto è di euro 4.000 mentre per quelle di valore superiore a 1.000.000 di euro è pari ad euro 6.000. Se manca la dichiarazione di cui al comma 3-bis dell'articolo 14, il contributo dovuto è di euro 6.000; ...”).

3.2. - La contestata disposizione (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) è, altresì, irrazionale alla stregua dell'art. 3, comma 1 Cost. (oltre che degli artt. 24, commi 1 e 2, 103, comma 1 e 113, commi 1 e 2 Cost.) in forza dell'ulteriore considerazione di seguito esposta, che mette ulteriormente in risalto il contrasto della nuova disciplina processuale con il principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale di cui si è detto al precedente paragrafo, qui ulteriormente sviluppato anche sotto la lente della violazione del principio di ragionevolezza.

Il legislatore al terzo inciso del comma 2 *bis* ha, infatti, considerato inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività, sostanzialmente riconfermando la regola generale tradizionale (*i.e.* inammissibilità dell'impugnazione giurisdizionale rivolta avverso atti endoprocedimentali non immediatamente lesivi), regola che è invece irragionevolmente derogata dai primi due periodi del comma 2 *bis* con riferimento ad un atto endoprocedimentale quale l'ammissione, pur essendo lo stesso privo di immediata lesività dal punto di vista del concorrente, ma dal legislatore ritenuto evidentemente lesivo dal punto di vista dell'interesse generale (alla anticipata ed incontestata formazione della platea dei concorrenti), della cui tutela si deve pertanto fare carico lo stesso concorrente (anche se detto interesse

pubblico potrebbe non coincidere mai con un interesse del partecipante alla gara, personale, concreto ed attuale al conseguimento del bene della vita, *rectius* aggiudicazione della gara).

Ai fini del sindacato di costituzionalità della disposizione contestata per contrasto con il principio di eguaglianza *ex art.* 3, comma 1 Cost. si deve, dunque, considerare come termine di raffronto (cd. *tertium comparationis*) il disposto del terzo inciso dell'art. 120, comma 2 *bis* cod. proc. amm. (“E’ altresì inammissibile l’impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività”).

In sostanza, riprendendo gli argomenti di cui al paragrafo 3.1, si ribadisce che un interesse al ricorso meramente ipotetico viene 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 è stata espressamente esclusa dal terzo inciso della disposizione in commento con riferimento a tutti gli “altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività”.

Tuttavia, la lesione è - come già visto al precedente punto 3.1 - tradizionalmente intesa 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.

Pertanto, se si può certamente ritenere ragionevole l’esclusione dell’onere di immediata impugnazione degli atti endoprocedimentali privi di immediata lesività, sancita dalla terzo inciso dell’art. 120, comma 2 *bis* cod. proc. amm., appare viceversa irragionevole la previsione di cui al primo e secondo periodo della disposizione in esame circa l’onere di immediata impugnazione del provvedimento di ammissione, pur rientrando lo stesso nella categoria degli atti

endoprocedimentali privi di immediata lesività secondo la visione tradizionale della nozione di interesse ad agire.

La previsione *de qua* si pone - come detto - in contrasto sia con i richiamati principi di cui all'art. 100 cod. proc. civ. in tema di "Interesse ad agire", sia con il principio sotteso agli artt. 3, comma 1, 24, commi 1 e 2, 103, comma 1 e 113, commi 1 e 2 Cost., alla cui stregua la giurisdizione amministrativa è orientata ad apprestare tutela ad una posizione sostanziale correlata ad un bene della vita in questo caso facente capo all'impresa partecipante alla gara (*i.e.* in ultima analisi l'aggiudicazione della gara stessa).

Nel modello di impugnabilità immediata delle ammissioni di cui al novellato art. 120, comma 2 *bis*, primo e secondo periodo cod. proc. amm., invece, essendo l'esito della competizione ancora futuro ed incerto, non è dato scorgere una posizione sostanziale che giustifichi l'accesso al giudice.

La disposizione in esame pone, pertanto, 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 (*i.e.* conseguimento dell'aggiudicazione dell'appalto).

In precedenza questa Sezione del T.A.R. Puglia, Bari, con sentenza dell'8.11.2016, n. 1262 non aveva mancato di evidenziare che "... la novella legislativa di cui all'art. 120, comma 2 *bis*, d. lgs n. 50/2016 confligge con il quadro giurisprudenziale, storicamente 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. ...".

Anche T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 20.12.2016, n. 5852 aveva rilevato che “... La peculiarità del nuovo rito risiede, oltre che nel circoscritto ambito di applicazione - volto a cristallizzare la definitività di una peculiare sub fase delle gare d'appalto creando una struttura bifasica della tutela *in subiecta materia* - nell'utilizzo dello strumento processuale come veicolo per creare una correlazione del tutto inusuale tra interesse ad agire in giudizio e pretesa sostanziale, sicché, come rilevato anche dai primi commenti alla disciplina in questione, il legislatore avrebbe 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 ormai invalsa nel nostro ordinamento. ...”.

La stessa pronuncia del Tribunale Campano affermava:

«... Astrattamente parlando, il nuovo rito superaccelerato, così come costruito, sembra porsi in contrasto con le garanzie costituzionali di azione in giudizio e tutela contro gli atti della pubblica amministrazione *ex* artt. 24 e 113 Cost. e questo a causa dell'onere di immediata impugnativa dei provvedimenti di aggiudicazione e esclusione indicati a fronte dell'assenza di un interesse concreto e attuale al ricorso. Sicché, nonostante alcuni tra i primi interpreti abbiano ricostruito questa presunzione assoluta di lesività dei provvedimenti come una sorta di interesse alla legittima formazione della platea dei concorrenti ammessi alle successive fasi della procedura, sul modello processuale del contenzioso elettorale di cui all'art. 129 c.p.a. (nel quale, tuttavia, sono impugnabili i provvedimenti immediatamente lesivi del di diritto a partecipare al procedimento elettorale preparatorio), ciò non toglie che un sistema così congegnato potrebbe astrattamente far scivolare il contenzioso in materia di appalti verso un modello di giudizio di diritto oggettivo contrario agli artt. 24 e 113 Cost. ed escluso dalla giurisprudenza (cfr. Ad. Plenaria n. 4 del 13 aprile 2015, per la quale il processo amministrativo si basa pur sempre sul principio

dispositivo in relazione all'ambito della domanda di parte e la giurisdizione amministrativa di legittimità è pur sempre una giurisdizione di tipo soggettivo, sia pure con aperture parziali alla giurisdizione di tipo oggettivo in precisi, limitati ambiti tra le quali la valutazione sostitutiva dell'interesse pubblico, da parte del giudice, in sede di giudizio cautelare). ...».

I dubbi in precedenza esposti sono stati di recente evidenziati dall'ordinanza del T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I n. 88 del 17.1.2018 che ha sollevato la corrispondente questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea al fine di verificare la compatibilità euro-unitaria della norma processuale interna (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 (*i.e.* artt. 6 e 13 della CEDU, art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e art. 1 direttiva n. 89/665/CEE).

In detta occasione, sia pure sotto la lente di ingrandimento del confronto della norma processuale nazionale con la disciplina europea, è stato condivisibilmente rimarcato come il disancoramento dell'interesse ad agire rispetto ad una utilità personale, concreta ed attuale dell'impresa partecipante alla gara (costretta a contestare le ammissioni in forza della censurata disposizione), dà vita ad una sorta di tutela giurisdizionale amministrativa / giudizio di diritto "oggettivo" (cfr. punto D della motivazione della citata ordinanza del T.A.R. Piemonte n. 88/2018), dove un operatore è obbligato ad impugnare immediatamente le ammissioni di tutti gli altri concorrenti, senza sapere ancora chi potrà essere l'aggiudicatario e, parimenti, senza sapere se lui stesso si collocherà in graduatoria in posizione utile per ottenere e/o contestare l'aggiudicazione dell'appalto.

Si introduce, pertanto, una sorta di giudizio di "diritto oggettivo" che è contrario non solo ai principi europei invocati dal T.A.R. Piemonte, Torino nella citata

ordinanza, ma anche ai principi costituzionali di cui agli artt. 24, commi 1 e 2, 103, comma 1 e 113, commi 1 e 2 Cost. (in tema di effettività della tutela giurisdizionale), i quali plasmano il diritto di azione a mo' di diritto azionabile unicamente dal titolare di un interesse personale, attuale e concreto e che nelle gare d'appalto non può non consistere nel conseguimento della aggiudicazione ovvero al più, quale modalità strumentale al perseguimento del medesimo fine, nella chance derivante dalla rinnovazione della gara.

E ciò - come evidenziato in precedenza e qui ribadito per rimarcare ulteriormente il contrasto tra il giudizio di "diritto oggettivo" implicito nella contestata previsione di cui al comma 2 *bis*, primo e secondo periodo dell'art. 120 cod. proc. amm., nella parte in cui impone l'onere di immediata impugnazione delle ammissioni, ed il sistema di "diritto soggettivo" di giustizia amministrativa sottostante ai citati principi costituzionali - nell'ambito di un quadro di giustizia amministrativa tradizionalmente fondato, appunto, sulla tutela di "diritto soggettivo" e sul "potere" *ex* art. 24, comma 1 Cost. (non già sul "dovere" inteso nel senso di onere), in capo all'attore ("Tutti possono ..."), di "... agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi".

Il contrasto con i principi costituzionali si realizza nel momento in cui il legislatore attribuisce ad un soggetto privato (*i.e.* impresa partecipante alla gara) la tutela in via esclusiva di un interesse pubblico (come detto alla anticipata e non più contestabile formazione della platea dei concorrenti), interesse che potrebbe non coincidere mai con l'interesse privato, il tutto reso ancor più del gravoso se si considerano gli esborsi economici ingenti che sono necessari per promuovere eventualmente anche plurimi e distinti ricorsi giurisdizionali avverso distinte ammissioni.

La censurata norma processuale potrebbe, quindi, 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, effetto evidentemente non compatibile con il principio di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111, comma 2 Cost.

3.3. - Inoltre, la necessità, alla stregua della previsione dell'art. 120, comma 2 *bis*, primo e secondo periodo cod. proc. amm., 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.

Nel caso di specie detto ultimo profilo emerge con maggiore accentuazione poiché il ricorso r.g. n. 403/2018 (promosso ai sensi dell'art. 120, comma 2 *bis* cod. proc. amm. dal RTI Antinia s.r.l. per contestare le ammissioni rispettivamente di Di Nizio s.r.l. e del RTI Albano A. & C. s.r.l. - U.GRI s.n.c. di Urso Massimiliano & C. - Medieco Servizi s.r.l. e fissato, come il presente ricorso r.g. n. 338/2018, per la definizione alla stessa camera di consiglio del 13 giugno 2018) ha ad oggetto la stessa gara e lo stesso Lotto 2 e vede le parti del presente giudizio esattamente invertite (il RTI Antinia in quel processo r.g. n. 403/2018 propone il ricorso principale; la Di Nizio s.r.l. formula il ricorso incidentale "escludente" di identico contenuto al ricorso introduttivo del presente giudizio r.g. n. 338/2018), con la conseguenza che il contenzioso in materia di ammissioni alle gare pubbliche corre il serio rischio di trasformarsi in una "guerra" di tutti (gli ammessi) contro tutti.

3.4. - Infine, 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, si deve in primo luogo evidenziare che questo T.A.R., così come ogni giudice comune, non può autonomamente disapplicare la norma interna che ritenga incompatibile con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, diversamente da quanto previsto per il diritto dell'Unione Europea a partire dalle sentenze della Corte di Giustizia Simmenthal del 1978 e della Corte Cost. n. 170/1984 (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 4.3.2015, n. 2).

Infatti, nonostante taluni orientamenti giurisprudenziali e dottrinari di segno contrario, il Giudice delle Leggi ha più volte chiarito come sulle norme interne contrastanti con le norme pattizie internazionali, ivi compresa la CEDU, spetti esclusivamente alla stessa Corte costituzionale il sindacato di costituzionalità accentrato (cfr. Corte cost., 348 e 349 del 2007; n. 39/2008; nn. 311 e 317 del 2009; nn. 138 e 187 del 2010; nn. 1, 80, 113, 236, 303, del 2011).

Le norme della CEDU, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, assumono rilevanza nell'ordinamento italiano quali "norme interposte". Alla CEDU è riconosciuta un'efficacia intermedia tra legge e Costituzione, volta ad integrare il parametro di cui all'art. 117, comma 1 Cost. che vincola il legislatore nazionale, statale e regionale, a conformarsi agli obblighi internazionali assunti dallo Stato.

Tale posizione non muta anche a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che all'art. 6, par. 2 (del nuovo Trattato sull'Unione Europea) prevede una adesione dell'Unione Europea alla Convenzione CEDU. Anche tale innovazione (peraltro non ancora avvenuta) non ha "comportato un mutamento della collocazione delle disposizioni della CEDU nel sistema delle fonti, tale da rendere ormai inattuale la concezione delle norme interposte" (Corte cost. n. 80/2011).

Di conseguenza, qualsiasi giudice, allorché si trovi a decidere di un contrasto tra la CEDU e una norma di legge interna, sarà tenuto a sollevare un'apposita questione di legittimità costituzionale.

Rimane salva l'interpretazione "conforme alla Convenzione EDU", e quindi conforme agli impegni internazionali assunti dall'Italia, delle norme interne in contestazione. Tale interpretazione, anzi, si rende doverosa per il giudice che, prima di sollevare un'eventuale questione di legittimità, è tenuto ad interpretare la disposizione nazionale in modo conforme a Costituzione (*ex multis*, Corte cost., 24 luglio 2009, n. 239, punto 3 del considerato in diritto).

Nel caso ora in esame, risulta esservi 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*, primo e secondo periodo cod. proc. amm.) 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.

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 (nel caso di specie l'impresa, *rectius* la ricorrente Di Nizio s.r.l.) 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 (cosa che nella fattispecie in esame evidentemente non è, stante il carattere non immediatamente lesivo dell'atto endoprocedimentale di ammissione), 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.

4. - Conclusivamente il Collegio, per le ragioni sopra esposte, solleva 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) dlgs n. 50/2016), limitatamente all'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione, 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, 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").

La previsione (art. 120, comma 2 *bis* cod. proc. amm.), per risultare conforme alle citate norme costituzionali, deve essere depurata dai periodi indicati (primo e secondo) per quanto concerne l'impugnazione delle ammissioni al fine di consentire l'operatività del tradizionale orientamento in forza del quale un atto amministrativo deve essere immediatamente contestato in sede giurisdizionale solo se immediatamente lesivo (e tale non può essere considerato l'atto di ammissione per quanto in precedenza esposto).

Né è possibile procedere ad una interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione in esame, stante l'inequivoco tenore della stessa che impone l'onere di

immediata impugnazione dell'atto di ammissione pena l'incorrere nella preclusione sopra descritta.

5. - Alla luce delle considerazioni che precedono è sospesa ogni decisione sulla predetta controversia, dovendo la questione essere demandata al giudizio della Corte costituzionale.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Terza Sezione, visti gli artt. 79, comma 1 cod. proc. amm., 134 Cost., 1 legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 e 23 legge 11 marzo 1953, n. 87, riservata ogni altra pronuncia in rito, nel merito e sulle spese, ritenuta 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) dlgs 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"), 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, dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, sospendendo il giudizio in corso.

Ordina che, a cura della Segreteria, la presente ordinanza sia notificata alle parti e al Presidente del Consiglio dei Ministri e sia comunicata al Presidente della Camera dei Deputati ed al Presidente del Senato della Repubblica.

Manda alla Segreteria per gli adempimenti e le comunicazioni di rito.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 13 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gaudieri, Presidente

Francesco Cocomile, Consigliere, Estensore

Rosaria Palma, Referendario

L'ESTENSORE
Francesco Cocomile

IL PRESIDENTE
Francesco Gaudieri

IL SEGRETARIO