

## LA CORTE COSTITUZIONALE SI PRONUNCIA SULL'ART. 120, COMMA 2-BIS, C.P.A.

SOMMARIO: 1. Le questioni di costituzionalità dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. sollevate dal Tar Puglia. - 2. La condivisibile decisione di rigetto della prima censura: considerazioni critiche a proposito di un paio di passaggi motivazionali. - 3. La condivisibile decisione di rigetto della seconda censura. - 3.1 Prima ragione di dissenso dalla motivazione offerta a supporto del rigetto della seconda censura. - 3.2. Seconda ragione di dissenso dalla motivazione a sostegno della reiezione della seconda censura. - 3.3. Terza ragione di dissenso dalla motivazione che corrobora il giudizio di infondatezza della seconda censura. - 4. Sintesi di una possibile motivazione alternativa a corredo della condivisibile decisione di rigetto della seconda censura. - 5. Infondatezza e inammissibilità delle ulteriori censure. - 6. Piena attualità delle questioni.

1.

Con la sentenza n. 271 del 13 dicembre 2019 la Corte costituzionale ha dichiarato in parte inammissibili e in parte infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. sollevate dal Tar Puglia, Bari, sez. III, con due ordinanze di analogo tenore (20 giugno 2018, n. 903 e 20 luglio 2018, n. 1097).

L'abrogazione espressa dell'art. 120, comma 2-bis, cit. - ad opera dell'art. 1, comma 22, del decreto legge 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. decreto sblocca-cantieri), convertito con modifiche in legge 14 giugno 2019, n. 55 - non ha inciso sulla rilevanza delle questioni di costituzionalità perché - ai sensi dell'art. 1, comma 23, del d.l. n. 32/2019, come risultante dalla legge di conversione n. 55/2019 - la suddetta abrogazione è stata disposta per i "processi iniziati"<sup>(1)</sup> a partire dal 18 giugno 2019 ("dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto", pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 17 giugno 2019 per entrare in vigore il giorno successivo: art. 1, comma 3, legge n. 55/2019)<sup>(2)</sup>.

Sempre in punto di rilevanza, nel primo giudizio il ricorrente, secondo classificato, aveva impugnato il provvedimento di aggiudicazione prospettando, per la prima volta, l'assenza di un requisito partecipativo in capo al controinteressato, sicché dal rigetto dell'incidente di costituzionalità sarebbe derivata la dichiarazione di irricevibilità del ricorso per tardività<sup>(3)</sup>, per

---

<sup>(1)</sup> Al solo fine di delimitare nel tempo l'ultrattività dell'abrogato art. 120, comma 2-bis, cit., Tar Calabria, Reggio Calabria, 13 maggio 2019, n. 324, ha ritenuto determinante, per l'inizio del processo, la data di notifica del ricorso, anziché quella del suo successivo deposito, argomentando dal ragionevole affidamento del ricorrente nella stabilità delle disposizioni processuali vigenti al tempo della notifica del ricorso e dallo *stand still* di cui all'art. 32, comma 11, del d. lg. n. 50/2016. Condivide M. LIPARI, *Il rito superspeciale in materia di ammissioni e di esclusioni va in soffitta. E, ora, quali conseguenze pratiche?*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2019, 8.

Il tema non può essere qui approfondito: mi limito a notare che il secondo argomento, postulando l'identificazione della litispendenza con il momento in cui la domanda giudiziale produce un effetto sostanziale (sempre che sia osservato l'art. 120, comma 4, c.p.a.), trascende la disciplina transitoria in parola per investire, quanto meno, l'intero "rito speciale di secondo grado" di cui all'art. 120 c.p.a. (tale in quanto speciale rispetto a quello previsto dall'art. 119 c.p.a., a sua volta speciale in rapporto al rito ordinario). Del resto, l'individuazione della litispendenza nel momento del deposito del ricorso già notificato è frutto di una regola pretoria mai codificata.

<sup>(2)</sup> La suddetta abrogazione investe in realtà i processi iniziati a partire dal 19 aprile 2019 (data di entrata in vigore del d.l. n. 32/2019, giusto l'art. 30, comma 1, della sua originaria versione), a mente del combinato disposto dell'art. 1, comma 5, dell'originaria versione del d.l. n. 32/2019 e dell'art. 1, comma 2, della legge di conversione n. 55/2019, che fa salvi gli effetti *medio tempore* prodotti dal decreto legge: norma di sanatoria, quest'ultima, che mi era sfuggita ad una primissima lettura (L. BERTONAZZI, *Abrogazione del rito c.d. super-speciale di cui all'art. 120, commi 2-bis e 6-bis, c.p.a.*, in questa *Rivista*, 2019, 1046-1049).

<sup>(3)</sup> Art. 35, comma 1, lett. a), c.p.a..

avere il ricorrente omesso la tempestiva contestazione del provvedimento di ammissione del controinteressato, mentre il suo accoglimento avrebbe (ricondotto il provvedimento di ammissione nel tradizionale alveo degli atti endoprocedimentali e) rimosso la ragione ostativa alla pronuncia nel merito.

Il secondo giudizio aveva invece ad oggetto il provvedimento di ammissione del controinteressato, sicché dall'accoglimento dell'incidente di costituzionalità sarebbe derivata la dichiarazione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse a ricorrere<sup>(4)</sup>, per avere il ricorrente gravato un atto endoprocedimentale (come tale non immediatamente lesivo), mentre il suo rigetto avrebbe dischiuso la prospettiva di una pronuncia nel merito (sulla annullabilità o meno del provvedimento di ammissione del controinteressato in relazione alle doglianze articolate dal ricorrente).

Dunque, in entrambi gli speculari giudizi (uno sull'aggiudicazione e l'altro sull'ammissione) - iniziati nel corso del 2018<sup>(5)</sup> - il giudice *a quo* non si sarebbe potuto esimere dall'applicare l'art. 120, comma 2-*bis*, cit. per decidere, rispettivamente, intorno alla ricevibilità del ricorso (sotto il profilo della tempestività della sua notifica) e alla sua ammissibilità (sotto il profilo della sussistenza dell'interesse processuale ad agire).

In punto di non manifesta infondatezza delle questioni, il Tar Puglia si è doluto, anzitutto, della violazione dei principi di ragionevolezza e di effettività della tutela giurisdizionale (artt. 3 e 24, comma 1, Cost.) per avere il legislatore introdotto un onere di impugnare un atto non immediatamente lesivo: viepiù ove si consideri che l'adempimento dell'onere, peraltro economicamente costoso, è suscettibile di rivelarsi inutile alla luce dell'esito della procedura di aggiudicazione (il pensiero corre al ricorrente che si veda aggiudicato il contratto o si trovi collocato in una posizione della graduatoria finale tale da risultargli invincibile la c.d. prova di resistenza).

Il giudice *a quo* ha poi lamentato l'introduzione di un'ipotesi di giurisdizione di diritto oggettivo, preordinata al controllo della legalità dell'azione amministrativa ed affrancata da qualsivoglia interesse processuale del ricorrente, caricato della cura, a sue spese, dell'interesse generale alla legittima composizione del ventaglio dei partecipanti alla gara, quando invece gli artt. 24, 103 e 113 Cost. delineano un sistema soggettivo di giustizia amministrativa.

Risulterebbe inoltre irragionevole la disparità di trattamento (art. 3, comma 1, Cost.) tra i provvedimenti di ammissione adottati "all'esito della valutazione" dei requisiti partecipativi, che formano oggetto dello stigmatizzato onere di reazione processuale<sup>(6)</sup>, e tutti gli "altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività" (tra i quali la "proposta di aggiudicazione")<sup>(7)</sup>, non impugnabili ai sensi del terzo periodo dello stesso art. 120, comma 2-*bis*, cit. (ove si discorre di "inammissibile impugnazione").

Sarebbero altresì disattesi gli artt. 24, comma 1, e 111, comma 2, Cost. giacché - anche in considerazione del cumularsi dei costosi contributi unificati, dovuti sia per i ricorsi contro le

---

<sup>(4)</sup> Art. 35, comma 1, lett. b), c.p.a..

<sup>(5)</sup> Cfr. la precedente nota 2.

<sup>(6)</sup> Il "provvedimento" menzionato nell'*incipit* dell'art. 120, comma 2-*bis*, cit. è plurimo poiché, squarciato il velo della sua formale unitarietà, si articola in tanti provvedimenti quanti sono i concorrenti ammessi ed esclusi "all'esito della valutazione" dei requisiti partecipativi.

<sup>(7)</sup> Fu così superato il pregresso orientamento giurisprudenziale che predicava la facoltatività dell'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria (ora proposta di aggiudicazione). Né l'intervenuta abrogazione dell'art. 120, comma 2-*bis*, cit. vale a ripristinarlo, stante la sua grave erroneità: invero, o un atto è immediatamente lesivo e allora chi ne è destinatario ha l'onere di gravarlo oppure non è immediatamente lesivo e allora l'eventuale iniziativa processuale risulterebbe inammissibile per carenza di interesse (L. BERTONAZZI, *Aggiudicazione, contratto e contenzioso*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli, G. Sala, Padova, 2014, I, 996-997, cui adde I. MARTELLA, *Le novità processuali del nuovo codice dei contratti pubblici*, in questa *Rivista*, 2016, 661.

altrui ammissioni, sia per quello avverso l'aggiudicazione - la disposizione censurata dissuaderebbe il concorrente dall'esperire l'azione in difetto di una lesione concreta e attuale del suo interesse sostanziale (all'aggiudicazione del contratto) ovvero, all'opposto, provocherebbe la proliferazione dei ricorsi, nel quadro di una sorta di "guerra preventiva" tra tutti i concorrenti ammessi in gara.

Il Tar Puglia ha invocato, infine, l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione agli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che parimenti impedirebbero di addossare al ricorrente l'onere di un'azione non rispondente a un suo effettivo interesse e passibile di rivelarsi poi inutile, così ritagliandogli l'inappropriato ruolo di presidio, a sue spese, dell'interesse generale alla legittimità delle ammissioni dei concorrenti in gara.

Vediamo ora con quali motivazioni il Giudice delle Leggi, deliberate con esito positivo la rilevanza e la non manifesta infondatezza delle questioni sollevate, le ha respinte.

2.

Quanto alla prima censura<sup>(8)</sup>, la Consulta ha avuto buon gioco nel ribadire, per l'ennesima volta, l'ampia discrezionalità del legislatore nella "conformazione degli istituti processuali", nella "fissazione dei termini di decadenza o prescrizione, ovvero di altre disposizioni condizionanti l'azione", "con il solo limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte compiute". L'art. 24 Cost., secondo la costante giurisprudenza costituzionale, "non comporta" affatto "che il cittadino debba conseguire la tutela giurisdizionale sempre nello stesso modo e con i medesimi effetti", purché, beninteso, "non vengano imposti oneri o prescritte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio" del diritto di azione<sup>(9)</sup>.

Nella specie, la ragione giustificatrice dell'art. 120, comma 2-*bis*, cit. - anche alla luce dell'art. 1, comma 1, lett. bbb), della legge 28 gennaio 2016, n. 11<sup>(10)</sup> - risiedeva nella cristallizzazione della platea dei concorrenti in un momento antecedente all'esame delle offerte, al duplice fine di azzerare il contenzioso *post*-aggiudicazione avente retrospettivamente ad oggetto i requisiti

---

<sup>(8)</sup> Si rammenta per comodità del lettore: violazione dei principi di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e di effettività della tutela giurisdizionale (art. 24, comma 1, Cost.) per avere il legislatore elevato al rango di provvedimento un atto altrimenti endoprocedimentale e, così, fissato un onere di reazione processuale il cui assolvimento, peraltro economicamente gravoso, è passibile di rivelarsi inutile alla luce dell'epilogo della procedura selettiva.

<sup>(9)</sup> Cfr. il punto 7 del "Considerato in diritto" e i numerosi precedenti ivi richiamati.

<sup>(10)</sup> Dettagliato criterio di delega in base al quale fu approvato l'art. 204, comma 1, lett. b), del d. lg. n. 50/2016, che introdusse il comma 2-*bis* nell'art. 120 c.p.a.. Il comma 1, lett. d), dell'art. 204 cit. vi introdusse il comma 6-*bis*, che delineò un rito processuale *ad hoc*, variamente denominato "super accelerato", "super veloce" (per l'estrema contrazione dei tempi processuali), "super speciale" o "speciale di terzo grado" (poiché il rito era speciale rispetto a quello contemplato dall'art. 120 c.p.a., il quale, a sua volta, è speciale in relazione a quello previsto dall'art. 119 c.p.a., il quale, a sua volta ancora, è speciale nel confronto con quello ordinario).

Da ultimo i commi 2-*bis* e 6-*bis* dell'art. 120 cit., così come ogni riferimento ad essi nei residui commi dello stesso art. 120, sono stati espressamente abrogati dall'art. 1, comma 22, del d.l. n. 32/2019, per i processi iniziati a partire dal 19 aprile 2019 (cfr. la precedente nota 2).

partecipativi<sup>(11)</sup> e di neutralizzare il ricorso incidentale escludente<sup>(12)</sup>, anche in ragione del dialogo, a dir poco difficile, sviluppatosi intorno a questo istituto con la Corte di giustizia<sup>(13)</sup>.

Una siffatta *ratio legis* impedisce di ravvisare nell'art. 120, comma 2-bis, cit. una scelta manifestamente irragionevole o arbitraria, sicché l'onere di impugnare le altrui ammissioni non rende impossibile né eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto di azione<sup>(14)</sup>.

La conclusione collima con quella cui era pervenuta, dieci mesi prima, la Corte di Giustizia Europea, sez. IV, ordinanza 14 febbraio 2019, in causa C-54/2018, *Cooperativa Animazione Valdocco*<sup>(15)</sup>, chiamata dal Tar Piemonte<sup>(16)</sup> a decidere sulla compatibilità dell'art. 120, comma 2-bis, cit. con il "diritto a un ricorso effettivo" di cui all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e agli artt. 1 e 2-quater, della direttiva 89/665/CEE (c.d. direttiva ricorsi in materia di aggiudicazione di appalti pubblici)<sup>(17)</sup>.

Ma - si badi - il giudice europeo, in una pronuncia correttamente pervasa dal doveroso rispetto dell'ampia autonomia processuale degli Stati membri in assenza di puntuale disciplina sovranazionale<sup>(18)</sup>, si è limitato ad accertare la compatibilità con i menzionati parametri europei

---

<sup>(11)</sup> Cfr. il punto 8 del "Considerato in diritto", che si rifà a Cons. Stato, comm. spec., parere n. 855 del 1° aprile 2016, avente ad oggetto lo schema di decreto legislativo poi divenuto d. lg. n. 50/2016.

<sup>(12)</sup> Cfr. il punto 8.1 del "Considerato in diritto", che si rifà a Cons. Stato, comm. spec., parere n. 782 del 22 marzo 2017, avente ad oggetto lo schema di decreto legislativo poi divenuto d. lg. n. 56/2017, c.d. correttivo del d. lg. n. 50/2016.

<sup>(13)</sup> Cfr., nel punto 8.1 del "Considerato in diritto", la fugace e condivisibile osservazione che il "dialogo" è oggi "reso ancora più problematico dalla recente sentenza 5 settembre 2019, sezione X, in causa in C-333/18, *Lombardi srl*, resa su rinvio pregiudiziale dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato [Cons. Stato, ad. plen., ord. 11 maggio 2018, n. 6]".

<sup>(14)</sup> Cfr. il punto 9 del "Considerato in diritto".

<sup>(15)</sup> In *Riv. giur. ed.*, 2019, 485B ss., con nota di G. TAGLIANETTI, *La disciplina dei termini per ricorrere nel rito speciale in materia di contratti pubblici tra certezze e giustizia: considerazioni a margine dell'ordinanza della Corte di giustizia UE, 14 febbraio 2019, in C-54/18*.

<sup>(16)</sup> Tar Piemonte, sez. I, ord. 17 gennaio 2018, n. 88, in *Foro amm.*, 2018, 49, annotata (adesivamente) da E. LUBRANO, *L'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. finalmente "rinviato a giudizio" innanzi alla Corte di Giustizia UE: un'occasione di riaffermazione del principio di effettività della tutela*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2018.

<sup>(17)</sup> Qualora - in ipotesi non verificatasi - l'art. 120, comma 2-bis, cit. non avesse superato indenne il vaglio della Corte di giustizia, al giudice costituzionale italiano non sarebbe rimasto che prodursi in una declaratoria di inammissibilità, per difetto di rilevanza, delle questioni di costituzionalità sollevate dal Tar Puglia, a quel punto insistenti su norma nazionale passibile di doverosa disapplicazione.

Dato che la sentenza della Corte costituzionale (dicembre 2019) conosce e menziona l'ordinanza della Corte di giustizia (febbraio 2019) e che, anche nell'impostazione tradizionale (che annetteva al rinvio pregiudiziale interpretativo del diritto europeo priorità rispetto all'incidente costituzionalità: cfr. C. PETTINARI, *Ordine delle "pregiudiziali" e rapporto fra ordinamenti*, in questa *Rivista*, 2017, 652 ss.), il sopraggiungere del responso europeo, quando assolutorio della norma nazionale, restituiva rilevanza ad una questione di legittimità costituzionale altrimenti inammissibile per "precocità", la sentenza qui annotata non è annoverabile tra quelle che, sulla scia di un *obiter dictum* in Corte cost., n. 269/2017, hanno in parte ribaltato, pur senza eguagliarne chiarezza e persuasività, l'anzidetta impostazione tradizionale (cfr., per una ricostruzione del dibattito attuale, S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Riv. AIC*, n. 3/2019, 642 ss.; S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Riv. AIC*, n. 4/2019, 1 ss.).

<sup>(18)</sup> La disciplina sovranazionale assente è, beninteso, quella volta ad enucleare, nel novero degli atti che costellano le procedure di aggiudicazione, quelli che esibiscono natura provvedimento, come tali suscettibili di impugnazione. Trovo tutto sommato oziosa l'osservazione di chi, argomentando dall'esistenza della c.d. direttiva ricorsi (muta sul profilo in parola), ribattezza l'autonomia processuale degli Stati membri come loro margine di discrezionalità (nelle forme e nei mezzi) in sede di recepimento di direttive europee.

dell'onere di impugnare le altrui ammissioni, senza spingersi fino ad additare una simile opzione normativa come priva di alternative<sup>(19)</sup>: né debbono trarre in inganno gli isolati frammenti dell'ordinanza europea che la Corte costituzionale ha, invero infelicitemente, estrapolato da un tessuto motivazionale di segno opposto e riportato nei punti 8 e 11 del "Considerato in diritto" ("la realizzazione completa degli obiettivi perseguiti dalla direttiva 89/665 sarebbe compromessa se ai candidati e agli offerenti fosse consentito far valere, in qualsiasi momento del procedimento di aggiudicazione, infrazioni alle norme di aggiudicazione degli appalti, obbligando quindi l'amministrazione aggiudicatrice a ricominciare l'intero procedimento al fine di correggere tali infrazioni"; ai sensi dell'art. 1, paragrafo 3, della c.d. direttiva ricorsi il "rischio" che il "provvedimento di ammissione" di altro concorrente possa cagionare un danno "è sufficiente a giustificare un immediato interesse ad impugnare detto provvedimento, indipendentemente dal pregiudizio che può inoltre derivare dall'assegnazione dell'appalto ad altro candidato")<sup>(20)</sup>).

Il primo passaggio<sup>(21)</sup> è erroneo poiché l'annullamento dell'aggiudicazione per la mancanza in capo al controinteressato di un requisito partecipativo comporta il subentro del ricorrente nell'aggiudicazione<sup>(22)</sup>, senza retrocessione della procedura alle fasi iniziali<sup>(23)</sup>. Neppure il secondo <sup>(24)</sup> è condivisibile se inteso nella sua assolutezza, avulso dal principio dell'autonomia procedurale e processuale degli Stati membri nell'enucleare, tra gli atti che scandiscono le procedure di aggiudicazione, quelli con valenza provvedimentoale (come tali suscettibili di impugnazione), beninteso nel rispetto dei noti principi di effettività ed equivalenza. Tanto è vero che nel successivo punto 37 dell'ordinanza del giudice europeo si discorre della "decisione di ammettere un offerente a una procedura di appalto" come di un "atto" che "può costituire oggetto di ricorso giurisdizionale"<sup>(25)</sup>: la soluzione è pertanto consentita, ma non imposta, dal diritto europeo.

La scelta della Corte costituzionale di isolare tali passaggi e riportarli testualmente<sup>(26)</sup>, nonostante essi non riflettano di certo lo spirito dell'ordinanza della Corte di giustizia<sup>(27)</sup>, dimostra che non è ancora maturata una sufficiente consapevolezza della (necessità che il giudice nazionale non dimentichi e anzi rivendichi la) latitudine dell'autonomia processuale degli Stati membri in assenza di puntuali indicazioni euro-unitarie: un monito in tal senso viene dalla nota vicenda del ricorso incidentale escludente, resa ancora più tormentata dalla problematica interlocuzione con un giudice europeo chiamato dai giudici amministrativi italiani,

---

<sup>(19)</sup> Così, condivisibilmente, M. LIPARI, *Il rito superspeciale*, cit., 11 legge la giurisprudenza europea nel cui solco si è mossa la citata ordinanza 14 febbraio 2019, in C-54/2018.

<sup>(20)</sup> Cfr., rispettivamente, i punti 41 e 36 dell'ordinanza 14 febbraio 2019, in C-54/2018.

<sup>(21)</sup> Punto 41 dell'ordinanza 14 febbraio 2019, in C-54/2018.

<sup>(22)</sup> Sempre che, beninteso, il contratto eventualmente stipulato dalla stazione appaltante con il controinteressato sia dichiarato inefficace in base all'articolata disciplina dettata dagli artt. 121-122 c.p.a..

<sup>(23)</sup> Neppure quando l'altrui ammissione sia basata su una clausola illegittimamente permissiva contenuta nella *lex specialis* di gara: cfr. L. BERTONAZZI, *Notarelle originali in tema di impugnazione dei bandi*, in questa *Rivista*, 2019, 969 (ma 961-975 per la compiuta illustrazione della tesi ivi sostenuta).

<sup>(24)</sup> Punto 36 dell'ordinanza 14 febbraio 2019, in C-54/2018.

<sup>(25)</sup> Il corsivo è di chi scrive.

<sup>(26)</sup> Nei punti 8 e 11 del "Considerato in diritto".

<sup>(27)</sup> Che emerge invece dai punti 37, 40, 42 e 49 dell'ordinanza: la Corte di giustizia ha accertato la coerenza dell'art. 120, comma 2-bis, cit. con le coordinate europee e non la sua necessità alla luce di esse.

per ben tre volte negli ultimi otto anni<sup>(28)</sup>, ad occuparsi di aspetti che avrebbero dovuto essere ascritti, direi quasi *de plano*, all'autonomia processuale dello Stato membro<sup>(29)</sup>, tanto è vero che non consta che questioni analoghe gli siano state rimesse, se non in numero ridottissimo (e probabilmente in conseguenza della non perspicua sentenza *Fastweb* del 2013, improvvidamente suscitata dal Tar Piemonte l'anno precedente), da giudici di altri Paesi<sup>(30)</sup>.

3.

Quanto alla seconda censura (introduzione di un'ipotesi di giurisdizione di diritto oggettivo eccentrica rispetto alle coordinate costituzionali), la Corte costituzionale ne ha così motivato il rigetto:

- a) vero è che, alla luce degli artt. 24, 103 e 113 Cost., la giurisdizione amministrativa è giurisdizione di diritto soggettivo, rivolta immediatamente alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive fatte valere e solo mediatamente al ripristino della legalità dell'azione amministrativa, che è assicurato solo "entro e non oltre il perimetro dato dalle esigenze di tutela giurisdizionale" siccome manifestate con (l'*an* e il *quomodo* del) l'iniziativa processuale<sup>(31)</sup>;
- b) ma nel caso di specie il legislatore non ha configurato una giurisdizione di tipo oggettivo volta a tutelare l'interesse generale alla legalità della procedura *sub specie* di legittima delimitazione del ventaglio dei competitori, "avendo piuttosto inteso dare autonoma rilevanza all'interesse strumentale e procedimentale del concorrente alla corretta formazione della platea dei soggetti partecipanti alla gara", "interesse che è proprio e personale del concorrente, poiché la maggiore o minore estensione di quella platea incide oggettivamente sulla *chance* di aggiudicazione" (così Cons. Stato, ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4<sup>(32)</sup> e Cons. Stato, ad. plen., ord. n. 6/2018 cit.)<sup>(33)</sup>;

---

<sup>(28)</sup> Per le prime due volte (Tar Piemonte, sez. II, ord. 9 febbraio 2012, n. 208 e C.g.a.r.S., ord. 17 ottobre 2013, n. 848) sia consentito rinviare a L. BERTONAZZI, *Ricorso incidentale nei giudizi amministrativi di primo grado relativi a procedure selettive: residue incertezze domestiche e gravi incognite di origine europea*, in questa *Rivista*, 2014, 577-586; per la terza volta (Cons. Stato, ad. plen., ord. n. 6/2018 cit.) si veda R. VILLATA, *Postilla a la (almeno per ora) fine di una lunga marcia*, ora in *Scritti in tema di questioni di giurisdizione*, Milano, 2019, 182-184.

<sup>(29)</sup> Cfr. R. VILLATA, *Postilla alla Postilla a la (almeno per ora) fine di una lunga marcia*, in *Scritti in tema di questioni di giurisdizione*, cit., 184, che vede nella sentenza della Corte di giustizia, sez. X, 5 settembre 2019, in C-338/18 la possibile "pietra tombale, o quanto meno la confinazione entro limiti assai ristretti, dell'autonomia processuale degli Stati", con l'incombente rischio, al di là dei temi specifici volta per volta affrontati, di ripudiare "principi fondamentali del processo ad iniziativa di parte per la tutela di situazioni giuridiche sostanziali"; R. VILLATA, *Postilla a la (almeno per ora) fine di una lunga marcia*, cit., 182, ove, rispetto a Cons. Stato, ad. plen., ord. n. 6/2018 cit., l'Autore non nasconde che avrebbe "preferito una decisione che evitasse ulteriori invasioni di campo da parte del giudice europeo in ordine a questioni squisitamente processuali, come tali riservate agli ordinamenti nazionali", ma osserva che "tale invasione, cui ha dato inizio nello specifico ambito [del ricorso incidentale escludente] la sentenza *Fastweb* sollecitata da un'improvvida ordinanza di un Tribunale regionale, ha finito per convincere l'Adunanza plenaria ad imboccare la strada scelta".

<sup>(30)</sup> Si contano negli ultimi otto anni due questioni analoghe, datate rispettivamente 2016 e 2017, che diventano una sola ove - con R. VILLATA, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, ora in *Scritti in tema di questioni di giurisdizione*, cit., 148 - si ritenga in realtà non pertinente quella datata 2017. Una sola questione, contro le tre provenienti nel medesimo turno di tempo da giudici amministrativi italiani ...

<sup>(31)</sup> Cfr. il punto 11 del "Considerato in diritto".

<sup>(32)</sup> In questa *Rivista*, 2018, 1393 ss., con nota di S. TERRACCIANO, *Immediata impugnazione dei bandi di gara: tra novità legislative e conferme giurisprudenziali*.

<sup>(33)</sup> Non a caso richiamate nel punto 11 del "Considerato in diritto".

- c) “del resto, non mancano nell’ordinamento altre ipotesi positivizzate, in via normativa o giurisprudenziale, di tutela di interessi non ‘finali’ ... E’ il caso, per restare nell’ambito delle procedure di affidamento, dell’interesse strumentale alla edizione della gara che sia illegittimamente mancata, laddove il ricorrente non agisce, nell’immediato, per l’aggiudicazione ma per il suo interesse a partecipare alla procedura; ovvero dell’interesse strumentale alla sua caducazione, pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa”<sup>(34)</sup>;
- d) “in conclusione, la scelta del legislatore di fare emergere, all’interno del procedimento di gara, un distinto interesse strumentale a contestare l’ammissione di altri concorrenti non altera la struttura soggettiva della giurisdizione amministrativa e pertanto non è lesiva degli invocati parametri costituzionali”<sup>(35)</sup>.

Pur condividendo il giudizio finale di infondatezza della censura prospettata dal Tar Puglia, il dissenso di chi scrive investe tutti i passaggi, testé riepilogati, della parabola motivazionale.

### 3.1.

In primo luogo, è vero che la funzione costituzionale del processo amministrativo è la tutela delle situazioni giuridiche soggettive fatte valere e che, quando è azionato un interesse legittimo, il ripristino della legalità dell’azione amministrativa costituisce niente più che il riflesso della protezione accordata all’interesse sostanziale dedotto in giudizio: riflesso che, peraltro, mai eccede i limiti segnati dalle necessità di tutela giurisdizionale palesate dal ricorrente e condivise dal giudice. Non di meno, la configurazione di circoscritte ipotesi di giurisdizione di diritto oggettivo non viola di per sé la Costituzione: esse, infatti, si aggiungono ad una giurisdizione amministrativa che è e resta di diritto soggettivo, serbandone intatta codesta natura. Impregiudicata la vocazione costituzionale della giurisdizione amministrativa, quale presidio di situazioni giuridiche soggettive definite nel diritto sostanziale (art. 24, comma 1, Cost.), le coordinate costituzionali - a dispetto di quanto lascia supporre la Consulta nei punti 11 e 12 del “Considerato in diritto” - non inibiscono l’introduzione nel sistema di ben delimitate parentesi di giurisdizione oggettiva. Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa “sono state formulate in funzione garantistica: il costituente ha voluto che ai titolari degli interessi legittimi” (e in particolare materie indicate dalla legge anche dei diritti soggettivi) “fosse garantita la possibilità di adire il giudice amministrativo. Ma, come tutte le norme di garanzia, essa impone un minimo, non preclude un di più” e, così, “non vieta al legislatore di disciplinare

---

<sup>(34)</sup> “ ... sempre che sussistano in concreto ragionevoli possibilità di ottenere l’utilità richiesta”, si specifica nel punto 11.1 del “Considerato in diritto”.

Ma - precisa chi scrive - l’interesse a ricorrere di tipo strumentale è soddisfatto dalla mera eventualità di edizione o riedizione della gara, come conseguenza della sentenza di annullamento: v’è interesse strumentale a ritagliarsi una nuova *chance* di conseguire il bene della vita, per effetto dell’accoglimento del ricorso, fino a quando manca la certezza dell’impossibilità di attingerlo in sede di riesercizio del potere.

<sup>(35)</sup> Cfr. il punto 12 del “Considerato in diritto”.

tale processo in modo che esso assicuri la protezione anche di altri interessi”<sup>(36)</sup>. Basti pensare alle legittimazioni *ex lege*, quali “aperture parziali alla giurisdizione di diritto oggettivo”<sup>(37)</sup>.

### 3.2

In secondo luogo, l’art. 120, comma 2-*bis*, cit. non ha dato sostanza e tutela ad un interesse legittimo, di nuovo conio, “alla corretta formazione della platea dei soggetti partecipanti alla gara” (o, se si preferisce conservare una sbiadita patina materiale, alla riduzione del numero dei competitori, con incremento della *chance* di aggiudicazione)<sup>(38)</sup>. Questo modo di ragionare - mutuato da Cons. Stato, ad. plen., 4/2018 e Cons. Stato, ad. plen., ord. n. 6/2018 - procede, “oggettivamente”, da una “confusione” tra l’oggetto dell’interesse sostanziale e la tecnica di protezione ad esso accordata dall’ordinamento: l’oggetto dell’interesse sostanziale è

---

<sup>(36)</sup> A. ROMANO, *Il giudice amministrativo di fronte al problema della tutela degli interessi diffusi*, in *Foro it.*, 1978, V, 19.

<sup>(37)</sup> Così Cons. Stato, ad. plen., 13 aprile 2015, n. 4, punto 3 del “Diritto”, in questa *Rivista*, 2016, con nota di D. TURRONI, *Justice delyed is (not) justice denied. L’annullamento dell’atto non è “variabile dipendente” della durata del processo.*

Cfr., ad esempio, l’art. 21-*bis* legge 10 ottobre 1990, n. 287 e l’art. 211, commi 1-*bis* e 1-*ter*, d. lg. n. 50/2016. Secondo Cons. Stato, comm. spec., parere n. 1119 del 26 aprile 2018 - su cui E. ROMANI, *La legittimazione straordinaria dell’ANAC: un frammento di giurisdizione oggettiva nel processo di parti*, in questa *Rivista*, 2019, 261 ss. - il diritto di azione di ACGM e di ANAC è strumento di “tutela dell’interesse pubblico”, rispettivamente, al corretto funzionamento del mercato concorrenziale e alla legalità nell’affidamento delle commesse pubbliche.

Corte cost., 14 febbraio 2013, n. 20, in questa *Rivista*, 2013, 465 ss., con nota di F. GOISIS, *Il potere di iniziativa dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21-bis l. 287 del 1990: profili sostanziali e processuali*, non offre spunti degni di nota perché si limita a dichiarare inammissibili, per genericità ed estraneità al riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 21-*bis* legge n. 287/1990 promosse in via principale da una Regione. L’interessante tentativo di F. GOISIS, *Il potere*, cit., 494-498 di ravvisare nella sequenza ‘parere-non conformazione al parere-legittimazione al ricorso’ un interesse legittimo di ACGM non è però trasponibile sulla c.d. legittimazione diretta di ANAC ex art. 211, comma 1-*bis*, cit., in relazione alla quale M. RAMAJOLI, *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, in questa *Rivista*, 2018, 582 scorge infatti “tratti di oggettività della tutela ... ancora più accentuati”.

V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” ad agire nel processo amministrativo*, in questa *Rivista*, 2014, par. 5 obietta a chi paventa un divieto costituzionale di introdurre segmenti di “legittimazione oggettiva” (F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2013; in giurisprudenza alcune sentenze del Tar Lazio a proposito della legittimazione ad agire di AGCM) che: a) nel processo civile, che è l’archetipo dei processi “a contenuto soggettivo”, sono presenti molteplici casi di “legittimazione oggettiva” ad agire da parte di legittimati straordinari o del P.M., onde non è sostenibile che un uso “oggettivo” della giurisdizione, consentito in sede civile, sarebbe inibito in sede amministrativa, dove gli interessi generali sono invitati di pietra; b) la vocazione garantistica delle norme costituzionali che assicurano la tutela delle situazioni giuridiche soggettive nei confronti dei pubblici potere non si traduce in (né implica) un divieto per il legislatore di porre casi di “legittimazione oggettiva”; c) ipotesi di azione popolare sono contemplate fin dai primordi della giustizia amministrativa (senza mai suscitare incidenti di costituzionalità), laddove non v’è dubbio che l’attore/ricorrente popolare agisca a tutela di interessi generali; d) ad opinare diversamente ci si vede costretti ad acrobatici ragionamenti (cfr. da ultimo S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018, 356-371), che travisano la natura (materiale e individuale) dell’interesse legittimo, per condurre ipotesi di legittimazione a ricorrere *ex lege* attribuita ad autorità pubbliche nell’ambito della tutela degli interessi legittimo, al (più o meno) dichiarato fine di salvare la costituzionalità delle relative norme.

<sup>(38)</sup> Cfr. il punto 19.3.8 del “Diritto” di Cons. Stato, ad. plen., n. 4/2018 cit.: “ritiene l’Adunanza plenaria che con la detta prescrizione normativa il legislatore abbia inteso espressamente riconoscere autonoma rilevanza ad un interesse procedimentale (quello legato alla corretta formazione della platea dei concorrenti)”, assicurandogli pronta “protezione giurisdizionale”. Cfr. altresì il punto 19.3.10 del “Diritto” della Plenaria n. 4/2018 cit., ove si discorre di “emersione anticipata di un distinto interesse ... di nuovo conio”, “procedimentale” e “strumentale” (rispetto all’interesse finale al conseguimento del contratto), “che, comunque, rimane proprio e personale del concorrente, e quindi distinto dall’interesse generale” alla legittimità della gara.

l'aggiudicazione del contratto, la sua protezione è garantita dal diritto (sostanziale e processuale) nei limiti della legittimità della gara<sup>(39)</sup>. Invero, nella “struttura della posizione giuridica soggettiva protetta” (interesse legittimo), il “rispetto della norma” non ne segna “l'esito finale”, e cioè l'oggetto (il bene della vita), bensì il “mezzo di tutela”, nel senso che l'interesse sostanziale gode di protezione nei limiti della legittimità dell'esercizio del potere amministrativo con cui colloquia<sup>(40)</sup>. Ed è proprio l'accennata confusione, nella quale il tipo di protezione dell'interesse legittimo pretende di assurgere ad oggetto, a rendere “impropria” la “frammentazione” dell'unico interesse sostanziale protetto (a conseguire l'aggiudicazione) in un fascio di interessi “di carattere procedimentale”, “che individuano utilità di tipo strumentale”<sup>(41)</sup> (es. interesse alla pubblicità delle sedute dedicate all'apertura delle offerte, interesse alla riservatezza delle sedute dedicate alla valutazione delle offerte tecniche, interesse alla legittima composizione della commissione aggiudicatrice, interesse a che la competizione sia retta da un certo criterio di aggiudicazione, interesse ad una certa conformazione dell'oggetto del contratto, interesse ad una modulazione più severa di certi requisiti partecipativi, interesse al contraddittorio nell'eventuale fase di verifica dell'anomalia dell'offerta).

Nulla conta che tali interessi facciano capo ai soli concorrenti, e cioè a soggetti *naturaliter* smarcati dal *quisque de populo*: la critica appena portata, infatti, non si appunta sul (profilo soggettivo del) l'estensione dello spettro - comunque circoscritto ai concorrenti - dei titolari dell'interesse, bensì su quello, (oggettivo e) radicalmente diverso, della struttura dell'interesse legittimo (del suo oggetto, inteso come anelato bene della vita, e del modo in cui il diritto lo protegge, garantendo il rispetto delle norme sull'esercizio del potere amministrativo).

E' poi vero che al legislatore non è preclusa l'elevazione di un interesse procedimentale ad interesse legittimo, “sempre che sussista un solido collegamento con l'interesse finale [l'aggiudicazione del contratto] e non si tratti di un espediente per garantire la legalità in sé dell'azione amministrativa”<sup>(42)</sup>. Non di meno, a fronte di due letture astrattamente ammissibili di una disposizione eccentrica<sup>(43)</sup>, quale l'art. 120, comma 2-*bis*, cit., va privilegiata quella non eversiva della struttura dell'interesse legittimo. E allora - lungi dall'enucleare un interesse legittimo di nuovo conio (diverso ed autonomo da quello all'aggiudicazione e, nel contempo, ad esso strumentale), avente ad oggetto la giusta perimetrazione del ventaglio dei concorrenti o, se si preferisce, la riduzione del numero dei competitori - l'art. 120, comma 2-*bis*, cit. ha (agito sul differente versante squisitamente processuale e ivi ha) affievolito l'interesse a ricorrere, ancorandolo alla prospettazione di una lesione solamente futura e incerta, impregiudicata però,

---

<sup>(39)</sup> Cfr. il punto 9 del “Diritto” di Cons. Stato, ad. plen., 27 gennaio 2003, n. 1, in questa *Rivista*, 2003, 792 ss., con nota di L.R. PERFETTI, *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento. Il problema dell'impugnazione del bando di gara*.

<sup>(40)</sup> R. VILLATA, “Novità” in tema di impugnative delle gare contrattuali dell'amministrazione, in questa *Rivista*, 1999, 916.

<sup>(41)</sup> Cfr. il punto 9 del “Diritto” di Cons. Stato, ad. plen., n. 1/2003, cit..

<sup>(42)</sup> Cfr. il punto 11.3 del “Considerato in diritto” della sentenza qui annotata. G. TULUMELLO, *L'evoluzione della causa del provvedimento amministrativo di scelta del contraente e le sue principali conseguenze ordinamentali: l'influsso del diritto UE sulla disciplina, sostanziale e processuale, dei contratti della pubblica amministrazione (anche a margine di Corte cost., n. 271/2019)*, in *Consulta online*, dicembre 2019, intravede in tale passaggio il possibile preludio “alla futura individuazione di un controlimite” a Corte di giustizia UE, sez. X, 5 settembre 2019, in C-333/2018, “fondato sulle ragioni del modello di tutela costituzionale degli interessi legittimi”: interessante spunto che non è dato in questa sede approfondire.

<sup>(43)</sup> Qualificata come eccezionale da Cons. Stato, ad. plen., n. 4/2018, cit.: cfr. S. TRANQUILLI, *Il rito “super-speciale” tra i sollevati dubbi di compatibilità euro-unitaria e i nodi sciolti dall'Adunanza Plenaria n. 4/2018*, in *Foro amm.*, 2018, 352-353.

sul piano sostanziale, l'identificazione dell'interesse all'aggiudicazione come unico interesse protetto<sup>(44)</sup>.

La rappresentata lesione (dell'interesse sostanziale all'aggiudicazione) è futura e incerta, anziché concreta e attuale, poiché è associata alla duplice eventualità che colui la cui ammissione è contestata si aggiudichi un domani il contratto e che colui che l'ha contestata conservi interesse a coltivare il ricorso. Si tratta - si badi - di un interesse a ricorrere dal legislatore indebolito, ma non del tutto soppresso perché, se così fosse, risulterebbe pure consentita l'impugnativa della propria ammissione.

### 3.3

In terzo luogo, il richiamo dell'interesse a ricorrere di tipo strumentale<sup>(45)</sup> per avvalorare l'asserita emersione di un interesse legittimo di nuovo conio alla riduzione del numero dei competitori<sup>(46)</sup> procede da una commistione tra interesse legittimo e interesse a ricorrere: il secondo, anche quando di stampo strumentale, è bensì sufficiente per l'ammissibilità del ricorso, ma a patto che vi sia, a monte, la legittimazione al ricorso, intesa come titolarità di un interesse protetto dalle norme sostanziali. L'interesse a ricorrere, anche di marca strumentale (anziché finale), presuppone pur sempre un interesse legittimo e non è in grado di surrogarne l'assenza sul piano sostanziale. Chi opina diversamente dissolve l'interesse sostanziale nell'interesse (processuale) ad agire: l'interesse legittimo finisce così per immedesimarsi con l'interesse a ricorrere, vedendo recise le sue radici nel diritto sostanziale e ritrovandosi immerso in un ambiente processuale dove viene ad atteggiarsi quale entità empiricamente apprezzabile caso per caso, orfana del requisito della qualificazione normativa.

Senza dire che il carattere strumentale dell'interesse (processuale) al ricorso identifica un'utilità, derivante dalla sentenza di annullamento, che consiste nel rimettere in discussione il rapporto controverso per spendere un'ulteriore *chance* di conseguire l'anelato bene della vita (es. riedizione in tutto o in parte della gara), mentre la strumentalità del preteso interesse (sostanziale) alla riduzione del numero dei concorrenti non comporta (quanto meno ordinariamente), quale conseguenza della sentenza di annullamento, la rinnovazione della fase delle ammissioni/esclusioni all'esito della valutazione dei requisiti partecipativi, bensì un incremento delle possibilità di aggiudicazione correlato alla riduzione del numero dei competitori: i due concetti di strumentalità non coincidono.

### 4.

Alla luce delle riflessioni critiche sopra esposte, questa avrebbe dovuto essere la concisa motivazione a supporto del condivisibile dispositivo di rigetto della censura incentrata sulla supposta introduzione di un'ipotesi di giurisdizione di diritto oggettivo distonica rispetto alle coordinate costituzionali: premessa l'assenza di un divieto costituzionale di inserire nel panorama della giustizia amministrativa circoscritti segmenti di giurisdizione oggettiva, con l'art. 120, comma 2-*bis*, cit. si è piuttosto inteso affievolire l'interesse a ricorrere (contro le altrui ammissioni), ancorandolo alla rappresentazione di una lesione semplicemente proiettata nell'orizzonte delle cose futuribili, ferma restando, sul fronte del diritto sostanziale, l'individuazione dell'unico interesse protetto in quello all'aggiudicazione del contratto.

---

<sup>(44)</sup> E' questa la prospettiva prescelta, benché non formalizzata in questi termini, sia da Tar Piemonte, sez. I, ord. n. 88/2018 cit., da cui è scaturita Corte di giustizia, ord. 14 febbraio 2019, in C-54/18 cit., sia da Tar Puglia, Bari, sez. III, ordinanze n. 903/2018 e n. 1097/2018, da cui è originata la sentenza della Corte costituzionale qui annotata.

<sup>(45)</sup> Pacificamente ravvisabile, ad esempio, allorché un operatore del settore impugna un affidamento diretto o un concorrente impugna l'esito di una gara articolando motivi il cui accoglimento è passibile di comportare la riedizione, in tutto o in parte, della procedura (es. incongruità dei termini per la ricezione delle offerte).

<sup>(46)</sup> Così da incrementare la *chance* di aggiudicazione.

Ciò rientra senz'altro nella vasta discrezionalità del legislatore nella conformazione degli istituti, sostanziali prima ancora che processuali: l'onere d'impugnare le altrui ammissioni è la logica ricaduta processuale della loro elevazione, nel diritto materiale, a contenuto dispositivo di altrettanti provvedimenti (tali a dispetto della loro collocazione infraprocedimentale, *ad instar* di come si è sempre ragionato per le esclusioni).

Una simile interpretazione non colloca l'art. 120, comma 2-*bis*, cit. al di fuori del quadro della giurisdizione di diritto soggettivo, al pari di quella offerta dal Giudice delle Leggi, basata sulla pretesa emersione di un interesse legittimo alla contrazione del numero dei concorrenti: rispetto a quest'ultima, però, ha il merito, forse non trascurabile, di non confondere l'oggetto dell'interesse legittimo (il sottostante bene della vita) con la tecnica di protezione ad esso riservata dal diritto (sostanziale e processuale) e, quindi, di non alterare la struttura dell'interesse legittimo, in cui il "rispetto della norma" non ne segna "l'esito finale", e cioè la realizzazione del sotteso interesse materiale, bensì il "mezzo di tutela", nel senso che l'interesse sostanziale gode di protezione nei limiti del legittimo esercizio del potere amministrativo con cui dialoga<sup>(47)</sup>.

Pertanto, l'interesse alla giusta composizione della platea dei partecipanti non è il bene della vita correlato ad un interesse legittimo di nuovo conio, bensì uno dei numerosi sotto-interessi di carattere procedimentale, tanti quante sono le regole della procedura, che identificano i veicoli per la tutela dell'interesse legittimo al conseguimento dell'aggiudicazione.

5.

Nelle considerazioni svolte è implicita l'infondatezza dell'ulteriore censura di irragionevole disparità di trattamento (art. 3, comma 1, Cost.) tra i provvedimenti di ammissione assunti "all'esito della valutazione" dei requisiti partecipativi e tutti gli "altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività", non impugnabili ai sensi del terzo periodo dello stesso art. 120, comma 2-*bis*, cit.: dato che rientra nell'ampia discrezionalità legislativa - senza trasmodare in manifesta irragionevolezza o arbitrarietà - l'opzione di elevare le altrui ammissioni al rango di provvedimenti, così da affievolire, nei termini sopra chiariti, l'interesse a ricorrere contro le stesse, e tanto in nome del duplice obiettivo di ridurre a zero il contenzioso *post*-aggiudicazione insistente retrospettivamente sui requisiti partecipativi e di neutralizzare il ricorso incidentale escludente, ne deriva la razionalità del diverso trattamento normativo a torto lamentato<sup>(48)</sup>.

Parimenti implicita nelle considerazioni fin qui svolte è l'infondatezza della doglianza che assume come norme interposte, rispetto all'art. 117, comma 1, Cost., gli artt. 6 e 13 CEDU: "in realtà, la Corte EDU lascia all'autonomia degli Stati membri un certo margine di apprezzamento nella configurazione del diritto di accesso a un tribunale e, in particolare, nella previsione di eventuali limiti, a condizione che siano posti per uno scopo legittimo, rispettino il principio di proporzionalità e non abbiano l'effetto di rendere impossibile o oltremodo difficile l'esercizio del diritto convenzionale"<sup>(49)</sup>. "Poiché, dunque, la giurisprudenza convenzionale segue direttrici ermeneutiche analoghe a quelle" del giudice costituzionale italiano in relazione al diritto di azione "e alla sua effettività, deve escludersi il contrasto con gli invocati parametri interposti [artt. 6 e 13 CEDU] per le stesse ragioni" addotte per escludere la violazione degli artt. 3 e 24 Cost.<sup>(50)</sup>.

---

<sup>(47)</sup> R. VILLATA, "Novità" in *tema di impugnative*, cit., 916.

<sup>(48)</sup> Non stupisce che nel punto 15 del "Considerato in diritto" della sentenza qui annotata la razionalità del diverso trattamento normativo sia invece ricondotta alla supposta emersione di un interesse legittimo, di nuovo conio, alla giusta composizione del novero dei concorrenti.

<sup>(49)</sup> Cfr. il punto 19 del "Considerato in diritto" e i numeri precedenti della Corte di Strasburgo ivi richiamati.

<sup>(50)</sup> Cfr. il punto 19 del "Considerato in diritto".

E', infine, dichiarata inammissibile, perché sviluppata dal giudice *a quo* in modo intimamente contraddittorio e perplesso, la censura che addebita all'art. 120, comma 2-*bis*, cit., ad un tempo, il risultato di dissuadere dall'azione e di far proliferare i ricorsi<sup>(51)</sup>.

6.

Le questioni di costituzionalità definite da Corte cost. n. 271/2019 conservano piena attualità ben al di là della disciplina transitoria dettata dal d.l. n. 32/2019 e dalla legge di conversione n. 55/2019<sup>(52)</sup>, perché - secondo la tesi che chi scrive ha già in altra occasione sostenuto <sup>(53)</sup> - la soppressione del rito super-speciale di cui all'art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis*, c.p.a. ad opera dell'art. 1, comma 22, d.l. n. 32/2019, contrariamente alle apparenze, lascia intatto - nel coevo comma 2-*bis* dell'art. 76 d. lg. n. 50/2016, ivi introdotto dall'art. 1, comma 20, lett. n), dello stesso d.l. n. 32/2019 - l'obbligo delle stazioni appaltanti di adottare e comunicare a tutti i candidati/concorrenti il "provvedimento" recante le ammissioni (e le esclusioni) all'esito della valutazione dei requisiti partecipativi: "provvedimento" che, in quanto tale, non può non

---

<sup>(51)</sup> Risulta così prospettata, per di più "stringatamente", "una violazione alternativa ed opposta di differenti parametri costituzionali": rispettivamente l'art. 24, comma 1, Cost. e l'art. 111, comma 2, Cost. (cfr. il punto 17 del "Considerato in diritto").

Quanto poi al cumulo dei costosi contributi unificati, dovuti sia per i ricorsi contro le altrui ammissioni, sia per quello avverso l'aggiudicazione, la Consulta ha avuto buon gioco nell'osservare che esso "non può essere motivo di illegittimità costituzionale" dell'art. 120, comma 2-*bis*, cit., ma, semmai, delle disposizioni "che regolano l'imposizione o la misura del contributo", "non oggetto dell'odierno scrutinio di costituzionalità" (punto 13 del "Considerato in diritto").

<sup>(52)</sup> Cfr. la precedente nota 2.

<sup>(53)</sup> Cfr. L. BERTONAZZI, *Abrogazione del rito c.d. super-speciale*, cit., 1041 ss..

Agli argomenti ivi adottati ne aggiungo un altro, tratto dalla disciplina transitoria (cfr. la precedente nota 2). L'abrogazione dell'art. 120, comma 2-*bis*, cit. non è stata disposta per le procedure di aggiudicazione indette a partire dal 19 aprile 2019, secondo una regola di diritto intertemporale quasi sempre praticata in materia di contratti pubblici (anche nell'introdurre lo stesso art. 120, comma 2-*bis*: cfr. art. 216, comma 1, d. lg. n. 50/2016), bensì per i processi iniziati a partire dal 19 aprile 2019, con regola transitoria a ben vedere inutile perché ricognitiva del principio generale *tempus regit actum*. Diversamente dalla regola intertemporale consueta, che si sarebbe logicamente saldata con l'eliminazione della natura provvedimentale dell'atto recante ammissioni ed esclusioni all'esito della valutazione dei requisiti partecipativi, il principio *tempus regit actum* è invece compatibile con la perdurante valenza provvedimentale del suddetto atto, la cui impugnazione è però soggetta non più all'abrogato rito super-speciale (di terzo grado), bensì a quello speciale (di secondo grado) delineato dall'art. 120 c.p.a..

formare oggetto di un onere d'impugnazione, la quale a sua volta non può che essere immediata, secondo quel che si è sempre ritenuto per le esclusioni<sup>(54)</sup>.

Anche l'art. 76, comma 2-bis, d.l. n. 50/2016, sempre che inteso nei termini ora sintetizzati, è destinato a fallire il duplice obiettivo di azzerare il contenzioso *post*-aggiudicazione avente ad oggetto una fase liminare della gara e di sterilizzare i ricorsi incidentali escludenti, per la stessa ragione che chi scrive aveva illustrato a proposito dell'art. 120, comma 2-bis, cit.: la mancanza di un sufficiente divario temporale tra la fase di ammissione/esclusione dei concorrenti e quella di valutazione delle offerte o di una regola di sospensione temporanea della gara in attesa che prenda forma il quadro dei partecipanti (in disparte la comminabilità delle esclusioni per carenza di requisiti partecipativi "in qualsiasi momento della procedura" - art. 80, comma 6, d. lg. n. 50/2016 - ivi compreso quello delle verifiche *post*-aggiudicazione) <sup>(55)</sup>. L'auspicio, *de iure condendo*, è pertanto che il comma 2-bis dell'art. 76 cit. venga presto abrogato.

Nell'attesa di ciò, l'art. 76, comma 2-bis, d. lg. n. 50/2016 (in combinato disposto con l'art. 120, comma 5, c.p.a.) - come già in precedenza l'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. (in combinato disposto con l'art. 29, comma 1, secondo, terzo e quarto periodo, d. lg. n. 50/2016)<sup>(56)</sup> - necessita di un'interpretazione costituzionalmente orientata<sup>(57)</sup>. Ben può accadere che la carenza dei requisiti partecipativi emerga solamente in sede di accesso agli atti di gara, a seguito dell'aggiudicazione, senza affiorare in alcun modo nell'ambito o a seguito dell'antecedente seduta pubblica all'esito della quale, viste le dichiarazioni sostitutive presentate dai candidati in ordine ai rispettivi requisiti generali e speciali di ammissione (art. 85 d. lg. n. 50/2016), è adottato il provvedimento (plurimo) determinativo delle ammissioni alla (e delle esclusioni dalla) procedura. Inutile obiettare che l'art. 76, comma 2-bis, cit. - come già il secondo e il terzo periodo del comma 1 dell'art. 29 d. lg. n. 50/2016, abrogati dall'art. 1, comma 20, lett. d), d.l. n. 32/2019 - obbliga la stazione appaltante a indicare nel "provvedimento" recante le ammissioni e le esclusioni "l'ufficio o il collegamento informatico

---

<sup>(54)</sup> La sola novità è che tali ricorsi sono ormai convogliati entro il rito speciale (di secondo grado) di cui all'art. 120 c.p.a., salva la *perpetuatio* di quello super-speciale (di terzo grado) per i processi iniziati fino al 18 aprile 2019 (cfr. la precedente nota 2). Più non si porrà il delicato problema del cumulo di domande sottoposte a riti diversi, per il quale l'art. 32, comma 1, secondo periodo, c.p.a. non offriva una soluzione sicura, a fronte di due riti entrambi (speciali e) contemplati nel Titolo V del Libro IV del c.p.a.. Il problema è destinato a presentarsi ancora nei soli processi iniziati fino al 18 aprile 2019: per la sua soluzione rinvio a L. BERTONAZZI, *Limiti applicativi del nuovo giudizio di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. e sua compatibilità con la tutela cautelare*, in questa *Rivista*, 2017, 722-732.

Non mi pongo le ben differenti problematiche di diritto intertemporale tratteggiate da M. LIPARI, *Il rito superspeciale*, cit., 9-10, sul presupposto che l'abrogazione del rito super-speciale abbia trascinato con sé la natura provvedimento (e dunque l'onere d'impugnare) le altrui ammissioni. Presupposto che, però, lo stesso Autore mostra di revocare in dubbio, allorché osserva, invero condivisibilmente, che le misure di conoscenza assicurate dall'art. 76, comma 2-bis, d. lg. n. 50/2016 paiono "tuttora finalizzate a consentire all'operatore interessato di esercitare il proprio diritto" di agire "in giudizio", salvo poi virare, sia pure in via dubitativa, sulla residua facoltà (anziché onere) d'impugnare le altrui ammissioni (*op. ult. cit.*, 11-12): soluzione per nulla convincente perché o un atto è immediatamente lesivo e allora chi ne è destinatario ha l'onere di gravarlo oppure non è immediatamente lesivo e allora l'eventuale ricorso incapperebbe nell'inammissibilità per carenza d'interesse, *tertium non datur*. Nelle ultime battute del suo scritto l'Autore finisce per ammettere che "nel contesto attuale ... sembra ancora presente la configurazione delle ammissioni come 'provvedimento' autonomo": "dizione" che avrebbe dovuto essere superata, ma non lo è stata, con la soppressione del rito super-speciale (*op. ult. cit.*, 14).

<sup>(55)</sup> Cfr. L. BERTONAZZI, *Limiti applicativi*, cit., spec. 719-722.

<sup>(56)</sup> Il secondo, terzo e quarto periodo del comma 1 dell'art. 29 d. lg. n. 50/2016 sono stati abrogati dall'art. 1, comma 20, lett. d), d.l. n. 32/2019.

<sup>(57)</sup> Che costituisce peraltro un'ulteriore ragione di inidoneità della disposizione a raggiungere lo scopo cui è preordinata, come già notavo in relazione all'art. 120, comma 2-bis, cit.: cfr. L. BERTONAZZI, *Ordine di esame delle censure escludenti incrociate nelle controversie relative a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici: la precisazione dell'effettiva portata applicativa della c.d. sentenza Puligenica*, in questa *Rivista*, 2016, 1216-1217, anche nota 45.

ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti”, ossia gli atti preparatori dell’anzidetto “provvedimento” (verbali della commissione aggiudicatrice, dichiarazioni sostitutive e documenti - si pensi ad esempio a referenze bancarie - presentati dai candidati/concorrenti), poiché tra i predetti atti preparatori non figurano certamente i documenti comprovanti il possesso degli auto-dichiarati requisiti partecipativi, destinati ad essere acquisiti solo a valle dell’aggiudicazione (art. 32, comma 7, d. lg. n. 50/2016). Ebbene, il *dies a quo* del termine decadenziale di trenta giorni, dettato dall’art. 120, comma 5, c.p.a. per la notifica del ricorso, non va individuato nella “comunicazione” di cui all’art. 76 d. lg. n. 50/2016<sup>(58)</sup> tutte le volte in cui l’accesso alla documentazione amministrativa versata in gara non valga a garantire conoscibilità della mancanza di requisiti partecipativi e detta conoscibilità sopravvenga in un momento successivo, soltanto a partire dal quale prende a decorrere il termine per la notifica del ricorso<sup>(59)</sup>.

Si è mossa lungo lo stesso binario Corte di giustizia, sez. IV, ord. 14 febbraio 2019, C-54/2018, allorché ha subordinato la compatibilità con il “diritto a un ricorso effettivo” dell’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. alla “condizione che i provvedimenti ... comunicati siano accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti tale da garantire” che gli “interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza” dei presunti vizi di legittimità<sup>(60)</sup>. Invero, “ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici” postulano che “i termini imposti” per la loro proposizione “inizino a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente abbia avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza dell’asserita violazione di dette disposizioni”<sup>(61)</sup>.

LUCA BERTONAZZI

---

<sup>(58)</sup> Così va inteso, nell’art. 120, comma 5, cit., l’obsoleto riferimento all’art. 79 d. lg. n. 163/2006.

<sup>(59)</sup> Così L. BERTONAZZI, *Limiti applicativi*, cit., 728, in nota.

<sup>(60)</sup> L’art. 2-*quater* della c.d. direttiva ricorsi, dedicato ai “termini per la proposizione de ricorso”, prescrive infatti che “la comunicazione della decisione dell’amministrazione aggiudicatrice” sia “accompagnata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti”.

<sup>(61)</sup> Cfr. i punti 31, 32, 38 e da 44 a 48 di Corte di giustizia, sez. IV, 14 febbraio 2019, in C-54/2018 e, ivi, i precedenti citati, poiché in effetti il giudice europeo si è mantenuto nel condivisibile solco tracciato da almeno un ventennio: il giudice nazionale deve disapplicare la normativa processuale nazionale cui, nelle circostanze del caso concreto, non sia possibile fornire un’interpretazione conforme agli obiettivi della c.d. direttiva ricorsi, alla quale si riconosce *in parte qua* effetto diretto.

Soccorre, nel nostro diritto processuale amministrativo, la rimessione in termini per errore scusabile (art. 37 c.p.a.), come insegna il caso *Santex* (Corte di giustizia, sez. VI, 27 febbraio 2003, in C-327/00, su cui R. VILLATA, *Osservazioni in tema di incidenza dell’ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, in questa *Rivista*, 2006, 862).