

Edilizia e Territorio

Impugnazione immediata, il rito super-accelerato finisce (anche) alla Consulta

La procedura introdotta dal codice dei contratti (su cui si deve pronunciare la corte Ue) è stata rimessa alla Corte Costituzionale dal Tar Puglia

Massimo Frontera

22 giugno 2018 - Non c'è pace per il rito superaccelerato. Nel gennaio scorso, la procedura è già stata messa nel mirino dal Tar Piemonte che ha rimesso la questione alla corte di giustizia Ue per valutare l'incompatibilità della norma nazionale con i principi Ue sul giusto processo.

Oggi, invece, un altro tribunale amministrativo di primo grado - la sede di Bari del Tar Puglia (Sez. III) - ha sollevato la questione di incostituzionalità delle norme, sotto vari profili, con la pronuncia n.903 pubblicata il 20 giugno.

Secondo i giudici, le nuove norme del codice di procedura amministrativa - introdotte dal codice dei contratti e in vigore dal 19 aprile 2016 - sono in contrasto con sei articoli della Costituzione (n.3, comma 1 - n.24, commi 1 e 2 - n.103, comma 1 - n.111, commi 1 e 2 - n.113, commi 1 e 2 - n.117, comma 1) e alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo (articoli 6 e 13).

Il quadro generale

Nella articolata argomentazione dei giudici del Tar Puglia, vengono toccate varie questioni e vengono inoltre ricordate le tappe più recenti della giurisprudenza. Tra le sentenze di maggior rilievo, vanno ricordate almeno tre pronunce del Consiglio di Stato (Sez. III, 25 novembre 2016, n.4994 - Sez. III, 26 gennaio 2018, n.565 - Sez. V, 23 marzo 2018, n.1843) e il Tar Piemonte (Sez.I, 17 gennaio 2018, n.88).

Il cuore della questione sta nel fatto che il legislatore mette di fronte l'impresa a dover decidere una azione in giudizio prima di trovarsi (e senza sapere se effettivamente si troverà) nella situazione in cui viene lesa un suo interesse. Un rebus irrisolvibile, di cui i giudici descrivono in modo minuzioso tutti gli aspetti, evidenziando l'incongruenza della norma con principi di diritto amministrativo, con alcuni principi costituzionali e con i principi europei sul giusto processo.

Cosa dice il Tar Puglia

La conclusione dei giudici del Tar Puglia è che l'articolo 120 comma 2-bis del codice di procedura amministrativa è incostituzionale «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».

Sotto il profilo giuridico, i giudici ribadiscono le perplessità già emerse in varie pronunce sul fatto che il codice di procedura amministrativa "novellato" dal codice appalti, e cioè che questa impostazione si pone «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».

Questo elemento di "giudizio oggettivo" che viene per così dire inoculato in una giurisdizione di tipo soggettivo, individua il conflitto con i principi della Costituzione.

Più precisamente, argomentano i giudici, «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”».

«Si introduce, pertanto, una sorta di giudizio di “diritto oggettivo” - si legge sempre nella pronuncia del Tar Puglia - che è contrario (...) 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». «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».

Una “guerra di tutti contro tutti”

Sotto il profilo pratico, ci sono poi ricadute molto pesanti, sia per le imprese che partecipano alle gare, sia per il sistema della giustizia amministrativa. Anche di questi aspetti i giudici del Tar Puglia parlano diffusamente.

Un tale meccanismo di azione preventiva implica per l’impresa un costo economico rilevante da sostenere per ogni gara: «Il contrasto con i menzionati principi costituzionali (...) 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».

Il sistema, inoltre, incoraggia a una azione preventiva potenzialmente totale, perché mette tutti i concorrenti nelle stesse condizioni. «La necessità (...) 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, con il principio del giusto processo e con il principio della ragionevole durata del processo, 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».

L’esempio citato dai giudici è proprio quello della gara che ha originato il ricorso al Tar, dove, «il contenzioso in materia di ammissioni alle gare pubbliche corre il serio rischio di trasformarsi in una “guerra” di tutti (gli ammessi) contro tutti».

In conclusione, oltre alla corte Ue (chiamata a dirimere una decina di questioni sul codice appalti) ora anche la Consulta dovrà giudicare una norma del codice appalti. Una norma sicuramente innovativa, ma forse troppo.