**Il rito «super accelerato» ed il regime delle preclusioni per effetto dell’abrogazione operata dal d.l. 32 del 2019 - c.d. «sblocca cantieri».**

SOMMARIO: 1. *Introduzione*. 2. *Inquadramento generale e ratio dell’ormai abrogato rito super accelerato. 3. I punti controversi nell’applicazione del previgente rito c.d. super accelerato****.*** *3.1 I problemi di coordinamento tra disciplina generale e disciplina procedurale. L’individuazione del dies a quo. 3.2 I motivi aggiunti. Il ricorso Incidentale. 3.3 Le misure cautelari. 3.4 La sussistenza dell’interesse a ricorrere. 4.Lo scrutinio della Corte di Giustizia e della Corte Costituzionale. 5. L’abrogazione dell’art. 120 comma 2-*bis *ed il regime delle preclusioni.*

**1*. Introduzione.***

Con il d.l. n. 32 del 2019, c.d. Sblocca cantieri, conv. in l. n. 55 del 2019, è stato rimodulato il regime processuale del rito speciale in materia di appalti, previsto dall’art. 120 c.p.a., disponendo l’abrogazione del comma 2-*bis*, con il quale il legislatore delegato del 2016 aveva introdotto il rito c.d. super accelerato.

Di seguito si esamineranno le conseguenze di tale riforma sotto il particolare profilo della sanatoria delle preclusioni, dopo una rapida ricostruzione del rito abrogato e delle problematiche sorte circa la sua applicazione. A tal proposito, i dubbi emersi in dottrina sulla conformità del rito di cui al comma 2-*bis* dell’art. 120 c.p.a. con i principi costituzionali ed eurounitari, nonché le critiche provenienti dagli “addetti ai lavori” sono alla base della scelta del legislatore di intervenire, seppur dopo un breve lasso di tempo, a modificare ulteriormente il profilo processuale della materia degli appalti pubblici.

L’intervento abrogativo si è però rivelato esso stesso controverso, specie sotto il profilo della disciplina transitoria prevista.

L’analisi di seguito svolta prende avvio dall’esame di due ricorsi proposti innanzi al Consiglio di Stato avverso una pronuncia del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, con la quale è stata dichiarata l’irricevibilità del ricorso proposto in prime cure perché ritenuto tardivo.

***2. Inquadramento generale e ratio dell’ormai abrogato rito super accelerato.***

La materia degli appalti pubblici, data la particolare rilevanza degli interessi in gioco, ha da sempre avuto una disciplina a sé, per mezzo della quale si è cercato di contemperare interessi diversi ma egualmente rilevanti per l’ordinamento. Se da una parte, infatti, vi è l’esigenza sempre attuale, tanto economica che funzionale, delle pubbliche amministrazioni *latu sensu* intese a che le prestazioni da esse richieste siano rese in tempi celeri, dall’altra viene in rilievo l’esigenza giuridico morale a che le procedure si svolgano nei limiti del rispetto della legalità, delle regole di contabilità pubblica, di garanzia della concorrenza e di tutti gli altri interessi individuati e tutelati dall’ordinamento[[1]](#footnote-2).

Il legislatore, fin dalla l. n. 205 del 2000 di riforma della legge istitutiva dei T.A.R.[[2]](#footnote-3), ha cercato di trovare la quadra di questo complesso di interessi, tutti parimenti tutelati dall’ordinamento nazionale e comunitario. Di tal guisa, ha introdotto un rito speciale, c.d. accelerato, per quelle controversie su materie di particolare rilevanza economico sociale e politica tra le quali ricadevano senz’altro quelle sull’affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture.

Quando nel 2010 il legislatore ha inaugurato il codice del processo amministrativo, di cui al d.lgs n. 104 del 2010, ha mantenuto l’impostazione della legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali come riformata nel 2000 confermando, all’art. 119, il rito speciale comune a tutte le materie già individuate dall’art. 23-*bis* della l. T.A.R, integrandolo ulteriormente con la previsione, all’art. 120, di una disciplina ancora più particolare per i giudizi aventi ad oggetto «*le procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a pubblici lavori, servizi e forniture, nonché i connessi provvedimenti dell'ANAC*».

Nella cornice di questa tendenza volta all’accelerazione dei tempi processuali in una materia così rilevante per l’ordinamento, non stupisce l’intervento normativo operato con l’introduzione del c.d. nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs n. 50 del 18 aprile 2016. Con tale provvedimento il legislatore, seguendo i canoni della semplificazione e della trasparenza, ha mandato in soffitta il “codice” del 2006[[3]](#footnote-4) che aveva avuto il grande pregio di segnare un traguardo facendo confluire tutta la materia di settore in un unico testo[[4]](#footnote-5).

Come è noto, il c.d. nuovo codice dei contratti, adottato in attuazione delle direttive europee nn. 23, 24, 25 del 2014, ha riorganizzato la disciplina vigente secondo i criteri fissati nella legge delega 28 gennaio 2016 n. 11 e con l’art. 204 ha introdotto ulteriori riduzioni dei termini processuali. È nell’alveo di questo intervento che ha trovato spazio nell’ordinamento il rito c.d. super accelerato al comma 2-*bis* dell’art. 120 del d.lgs n. 104 del 2010 per mezzo del quale il legislatore ha inteso perseguire da una parte una finalità deflattiva del contenzioso, dall’altra ha mirato ad un’accelerazione della definizione dello stesso, in particolare per ciò che concerne le ammissioni e le esclusioni alle procedure di affidamento dei contratti pubblici[[5]](#footnote-6).

Il comma 2-*bis* dell’art. 120, la cui abrogazione ed i relativi effetti sono l’oggetto del presente approfondimento, si inserisce all’interno di un rito a sua volta speciale, il c.d. rito appalti, disponendo che «*il 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 va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell’art. 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. È altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività*».

Come ricostruito da ultimo anche dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana[[6]](#footnote-7), il rito super accelerato riposa su una concezione “bifasica” della gara, in cui la fase preliminare dell’ammissione, all’esito dell’accertamento dei requisiti di partecipazione, precede quella della valutazione delle offerte.

Sulla scorta di tale concezione della gara il legislatore, con il rito di cui al comma 2-*bis* dell’art. 120, ha introdotto un meccanismo che tiene conto della diversità dei due momenti, distinguendo l’impugnazione degli atti relativi alla prima fase di ammissione alla gara, dal gravame relativo agli atti successivi, cristallizzando così la platea dei concorrenti già in un momento anteriore a quello dell’aggiudicazione.

È stato così introdotto l’onere di immediata impugnazione della propria esclusione o dell’altrui ammissione, con annessa preclusione della deduzione di vizi attinenti alla fase preliminare dell’ammissione in sede di impugnazione dei successivi provvedimenti di aggiudicazione.

Come ha chiarito l’Adunanza plenaria nella sentenza n. 4 del 26 aprile 2018, tale disciplina è volta a consentire la pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione e, quindi, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all’esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione.

In tal modo il legislatore ha inteso evitare che con l’impugnazione dell’aggiudicazione potessero farsi valere i vizi attinenti alla fase di verifica dei requisiti di partecipazione alla gara, il cui eventuale accoglimento avrebbe comportato il regresso della procedura alla fase di ammissione, con grave dispendio di risorse temporali ed economiche.

***3. I punti controversi nell’applicazione del previgente rito c.d. super accelerato.***

Il rito in questione, la cui introduzione nell’ordinamento – come sopra ampiamente descritto - risponde all’esigenza acceleratoria e deflattiva del contenzioso in una materia, quella degli appalti pubblici, che della celerità e della certezza si nutre, ha sollevato non poche perplessità negli operatori.

La tendenza acceleratoria, atta a demonizzare il contenzioso in materia di appalti pubblici attribuendo velatamente (ma nemmeno troppo) la responsabilità del rallentamento dell’esecuzione delle opere pubbliche ai ricorsi proposti innanzi agli organi di Giustizia Amministrativa, è stata da più parti ritenuta deprecabile[[7]](#footnote-8).

Il rito *de quo*, infatti, è stato ritenuto in contrasto con i principi costituzionali ed eurounitari, in ragione del suo effetto di rendere difficoltoso, se non addirittura impossibile, l’esercizio del diritto di tutela giurisdizionale nei confronti dell’Amministrazione[[8]](#footnote-9) tanto da essere sottoposto al vaglio della Corte di Giustizia e della Corte Costituzionale.

***3.1 I problemi di coordinamento tra disciplina processuale e disciplina procedurale. L’individuazione del dies a quo.***

All’indomani dell’entrata in vigore delle modifiche all’art. 120 c.p.a., con la previsione dunque del doppio rito in materia di appalti, la prima difficoltà riscontrata è stata di coordinamento tra i due riti. Si è reso necessario l’intervento della giustizia amministrativa[[9]](#footnote-10) che ha chiarito come il rito c.d. super accelerato fosse applicabile esclusivamente ai casi in cui vi fosse una distinzione netta tra la fase di ammissione/esclusione e quella di aggiudicazione. Si è così, in via giurisprudenziale, acclarato che *“la novella all’art. 120 disegna per le gare pubbliche un nuovo modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara, dove la raggiunta certezza preventiva circa la res controversa della prima è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda”*[[10]](#footnote-11).

Tale previsione, però, soffre di una grave carenza di coordinamento tra la disciplina processuale così delineata e quella procedurale. Non sempre è agevole, infatti, anche per la stazione appaltante, distinguere la fase di ammissione/esclusione; ad esempio lo stesso art. 80 del codice appalti, che ha recepito l’art. 57 della direttiva 24/2014, consente l’esclusione di un operatore dalla procedura in qualunque momento[[11]](#footnote-12), nonché l’utilizzo da parte della stessa amministrazione di poteri di autotutela onde riammettere un concorrente precedentemente escluso[[12]](#footnote-13).

Ad alimentare il dibattito sul “mini rito” previsto dal comma 2-*bis* dell’art. 120 c.p.a. è stato dapprima il problema relativo al momento identificativo della piena conoscenza dell’atto che fa scattare il termine per la proposizione del ricorso.

La norma, infatti, impone l’immediata impugnazione, a pena di decadenza, dentro il termine dimidiato di trenta giorni, non soltanto dei provvedimenti di esclusione che di per sé sono immediatamente lesivi dell’interesse a concorrere all’affidamento, ma anche degli atti di ammissione dei vari partecipanti alla procedura, atti, questi ultimi, endoprocedimentali.

Fino all’entrata in vigore del correttivo[[13]](#footnote-14), il regime della conoscenza delle ammissioni e delle esclusioni lasciava spazio ad ampi contrasti con i principi costituzionali ed eurounitari posti a garanzia di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva. Nella sua originaria formulazione, infatti, l’art. 29 rubricato *Principi in materia di trasparenza* stabiliva che, ai fini della proposizione del ricorso ai sensi dell’art. 120 c.p.a., le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori dovessero pubblicare sul profilo informatico del committente, entro due giorni dalla relativa adozione, i provvedimenti di ammissione o esclusione dei concorrenti. La norma non conteneva alcuna indicazione circa l’obbligo di motivazione dei suddetti atti, con palese lesione del diritto di difesa essendo il concorrente costretto a proporre un c.d. ricorso a buio. Successivamente, con l’art. 19 del d.lgs n. 56 del 2017, è stata inserita la specificazione nell’art. 29 secondo cui «il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2*-bis*, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione».

Il riferimento alla disponibilità in concreto e la previsione dell’obbligo di motivazione anche per gli atti di ammissione introdotti dal correttivo del 2017 hanno sostanzialmente impedito che il termine per impugnare potesse decorrere dal momento della mera pubblicazione dell’elenco degli ammessi e degli esclusi, facendolo piuttosto dipendere dalla formale esternazione della stazione appaltante sull’esito della verifica compiuta sui suddetti titoli[[14]](#footnote-15).

Sulla scorta di tale intervento, dunque, il presupposto logico per l’operatività della prescrizione processuale era rappresentato dal funzionamento delle regole di pubblicità e comunicazione che garantiscono agli interessati la tempestiva informazione circa il contenuto del provvedimento da gravare[[15]](#footnote-16). A fronte dunque di un orientamento dottrinale[[16]](#footnote-17) che subordina il decorrere del temine per proporre ricorso al momento in cui gli atti di ammissione o esclusione siano in concreto disponibili, corredati di motivazione, anche la giurisprudenza amministrativa ha chiarito come “*la pubblicazione delle ammissioni e delle esclusioni deve contenere anche l’accessibilità ai relativi atti e motivazioni affinché la tutela giurisdizionale possa essere compiutamente esercitata, non essendo sufficiente a far decorrere il termine di impugnativa la mera elencazione di offerenti ammessi senza ulteriori chiarimenti[[17]](#footnote-18)”.*

***3.2 I motivi aggiunti. Il ricorso incidentale.***

Altra questione controversa, altamente dibattuta, attiene all’ammissibilità nell’ambito di un giudizio instaurato ai sensi dell’art. 120 comma 2-*bis* e 6-*bis* c.p.a. dei motivi aggiunti c.d. “impropri” con cui si contesti l’aggiudicazione ottenuta dallo stesso concorrente di cui si era precedentemente impugnata l’ammissione alla gara.

Da una partesi è sostenuto che dopo la proposizione del ricorso contro l’ammissione/esclusione è ammissibile la proposizione di motivi aggiunti contro l’aggiudicazione[[18]](#footnote-19), dall’altra l’orientamento maggioritario[[19]](#footnote-20) delimita l’ambito di azione del rito ex art. 120 comma 2-*bis*. Rispetto a tale rito speciale e diretto a conoscere delle sole impugnazioni delle ammissioni ed esclusioni, sarebbe del tutto irrituale un ricorso per motivi aggiunti diretto ad ampliare il *petitum* puntualmente circoscritto dalla norma codicistica.

Questione analoga è quella che si è posta con riferimento alla possibilità di far valere l’illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento anche con ricorso incidentale, in caso di omessa impugnazione dell’ammissione.

Il comma 2-*bis* dell’art 120, infatti, al secondo periodo prevede che “*l’omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l’illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale”*.

Una parte della giurisprudenza di primo grado ha escluso che, dopo la novella legislativa, potesse trovare applicazione l’art. 42 del c.p.a. nell’ambito del rito super accelerato, posto che lo stesso impone il termine di trenta giorni per la proposizione delle censure avverso gli atti di ammissione ed esclusione. Il ricorso incidentale, dunque, era stato in un primo momento ritenuto irricevibile, ove proposto oltre il termine di 30 giorni decorrenti, non già dalla notifica del ricorso principale - come è regola generale ai sensi del combinato disposto dell’art. 120, comma 2 e art. 42 c.p.a. - bensì dalla conoscenza del provvedimento di ammissione mediante la pubblicazione del provvedimento della stazione appaltante, ex art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a[[20]](#footnote-21). Tale ragionamento varrebbe per i soli ricorsi incidentali escludenti, diretti dunque a contestare l’ammissione del ricorrente principale, e non invece per quei ricorsi, pure incidentali, diretti a far valere vizi indipendenti dall’ammissione altrui. In quest’ultimo caso, infatti, non si vede perché il termine per la proposizione del ricorso non debba decorrere dalla notificazione di quello principale, come avviene nel rito ordinario, soprattutto in considerazione del comma 6-*bis* dell’art. 120 c.p.a., che dispone espressamente il rinvio della camera di consiglio o dell’udienza pubblica per proporre ricorso incidentale[[21]](#footnote-22).

Un altro orientamento[[22]](#footnote-23), invece, proprio con riferimento al termine di proposizione del ricorso incidentale nel rito di cui all’art. 120, comma 2-*bis* c.p.a. ha precisato che il *dies a quo* per proporre il ricorso incidentale avverso l’ammissione di altro concorrente dalla gara decorre, in applicazione del principio dettato dall’art. 42, comma 1, c.p.a., dalla notifica del ricorso principale e non dalla conoscenza del provvedimento di ammissione pubblicato sul profilo del committente, ferma restando la preclusione all’attivazione di tale rimedio processuale quale strumento per dedurre, in sede di impugnazione della successiva aggiudicazione, le censure riferite alla fase di ammissione.

***3.3 Rito super accelerato e misure cautelari.***

Per ragioni di completezza è bene trattare anche il tema dell’ammissibilità dell’istanza cautelare nel rito super speciale. Ebbene, malgrado gli iniziali dubbi sorti in dottrina, laddove il giudizio sia stato proposto ai sensi dell’art. 120 comma 2-*bis* e 6-*bis* c.p.a. la tutela cautelare si è ritenuta in esso comunque configurabile.

All’indomani dell’introduzione del rito *de quo* nell’ordinamento la dottrina aveva sollevato dubbi circa l’ammissibilità della misura cautelare in ragione del carattere fortemente acceleratorio del rito. Si era dunque ipotizzata una distinzione in base al tipo misura: se ammissibile si riteneva la misura cautelare monocratica, molti dubbi erano stati manifestati circa la cautelare collegiale.

In giurisprudenza però non si sono formati orientamenti discordanti, essendosi ritenuta compatibile con il rito la tutela cautelare *tout court*.

Da una parte il Consiglio di Stato[[23]](#footnote-24) ha dichiarato l’ammissibilità della proposizione e della trattazione di istanze cautelari collegiali avverso gli atti di ammissione/esclusione dalla gara e dell’appello avverso la relativa ordinanza cautelare. Dall’altra è stata altresì riconosciuta l’ammissibilità della tutela cautelare monocratica[[24]](#footnote-25) stante che l’introduzione di un rito speciale non può precludere al giudice amministrativo di esercitare la tutela cautelare nelle sue varie forme.

***3.4 La sussistenza dell’interesse a ricorrere.***

Il profilo problematico più rilevante è quello attinente all’interesse a ricorrere e la sua sussistenza nel caso dell’impugnazione del provvedimento recante le ammissioni dei candidati. Se, infatti, nessun rilievo può sollevarsi rispetto all’onere di immediata impugnazione dell’esclusione rispetto alla quale l’interesse è *in re ipsa* in quanto si tratta di *“fattispecie di lesività immediata in capo al destinatario”*[[25]](#footnote-26), per i provvedimenti di ammissione la questione è più complessa. Si tratta di atti endoprocedimentali rispetto ai quali l’obbligo di immediata impugnazione fa ricadere in capo ai concorrenti gli oneri, certamente non lievi, di un’azione giurisdizionale avverso atti la cui lesività è meramente presuntiva. Si tratta, di fatto, di una tutela anticipata rispetto alla lesione della posizione giuridica soggettiva dell’agente.

Il rito, oramai abrogato, di cui al comma 2-*bis* dell’art. 120 c.p.a. si incardina, invero, su una giurisprudenza consolidata secondo cui a fondamento dell’azione giurisdizionale avverso atti amministrativi deve esservi un interesse che risiede in una lesione immediata e certa. Nelle procedure ad evidenza pubblica il partecipante vanta un interesse c.d. pieno, volto ad ottenere l’aggiudicazione della gara, ed un interesse c.d. strumentale, mediante il quale agendo in giudizio aspira ad ottenere l’aggiudicazione attraverso la rinnovazione dell’intera gara[[26]](#footnote-27).

Ebbene, con il rito super accelerato l’azione giudiziale riposa su una presunzione di lesività che anticipa la lesione effettiva.

Questo tema ha dato luogo ad un vivace dibattito in seno alla giurisprudenza amministrativa sfociato, infine, nelle pronunce della Corte di Giustizia e della Corte Costituzionale che esamineremo nel paragrafo successivo.

Da un lato si è evidenziato come la norma qualifichi bene della vita cui aspira il concorrente non solo l’aggiudicazione *“ma anche, e preliminarmente, la chance di corretta competizione, in modo che la scelta venga operata fra soggetti tutti ugualmente qualificati che, si direbbe nel diritto della concorrenza, competono sui meriti”*[[27]](#footnote-28), dall’altro lato, vi è stato chi ha osservato che l’atto che dispone l’ammissione di un concorrente alla gara “*non impedisce la partecipazione ad alcun concorrente, né condiziona in alcun modo l’esito finale della procedura”*[[28]](#footnote-29)di talché non sarebbe configurabile alcuna lesione, nemmeno potenziale, al partecipante derivante dalla partecipazione di altri concorrenti.

La giurisprudenza ha dunque evidenziato come, nonostante tale presunzione di lesività sia da intendersi come *“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*.”, 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 di 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)”*[[29]](#footnote-30).

Sotto altro profilo ci si è interrogati circa il permanere dell’interesse alla decisione del ricorso ex art. 120 comma 2-*bis* c.p.a. da parte del ricorrente che, nelle more, è divenuto aggiudicatario. Sul punto il Consiglio di Stato ha precisato come l’avvenuta aggiudicazione, in corso di giudizio, faccia venir meno l’interesse a ricorrere avverso le ammissioni degli altri, chiarendo che dalla «*distinzione e la separatezza»* del rito “superspeciale” rispetto a quello “speciale” non discende per il giudice del rito “super-speciale” *«un divieto di prendere in considerazione i fatti storici medio tempore venuti in essere e risultanti dai suoi atti processuali, come, appunto, l'avvenuta aggiudicazione della gara e gli effetti di eventuali impugnazioni di quest'ultima»*[[30]](#footnote-31).

***4. Lo scrutinio della Corte di Giustizia e della Corte Costituzionale.***

I dubbi in materia di interesse a ricorrere ed interesse alla decisione che si sono appena prospettati, sono stati posti a fondamento delle ordinanze di rimessione alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea e alla Corte Costituzionale.

Il rito super accelerato, è stato sottoposto a scrutinio da parte della Corte di Giustizia, dopo che il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte[[31]](#footnote-32) ha sollevato questione pregiudiziale con riferimento alla coerenza dello stesso con i principi eurounitari in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela.

Il giudice rimettente, dopo una preliminare ricognizione della normativa nazionale, ha richiamato la disciplina europea, quale parametro di raffronto per la valutazione di compatibilità per giungere alla necessità di sollevare questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia UE chiamata a risolvere, dunque, le seguenti questioni:

a) se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela (artt. 6 e 13 della CEDU, art. 47 della Carte dei diritti fondamentali dell’Unione europea e art. 1 direttiva 89/665/CE, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE) ostino a una normativa nazionale quale l’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., che impone al concorrente di impugnare l’ammissione/mancata esclusione di un altro soggetto, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento con cui viene disposta l’ammissione/esclusione dei partecipanti; b) se la disciplina europea *supra* menzionata osti a una normativa nazionale, cioè l’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., che preclude all’operatore economico di far valere, a conclusione del procedimento, anche con ricorso incidentale, l’illegittimità degli atti degli altri operatori, in particolare dell’aggiudicatario o del ricorrente principale, senza aver precedentemente impugnato l’atto di ammissione nel termine suindicato.

Il T.A.R. ha posto in evidenza il duplice rischio che la normativa in parola andrebbe a delineare e per il sistema della giustizia amministrativa e per il settore dei contratti pubblici.

Muovendo le mosse dall’assunto per cui il diritto europeo riconnette il principio di effettività della tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea in materia di appalti alla nozione di interesse, e che, dunque, la tutela giurisdizionale può (e deve) esserci solo ove vi sia stata una lesione di un diritto o di un interesse legittimo e sussista un interesse, concreto ed attuale, ad una pronuncia dell’autorità giudiziaria; stante che il legislatore non potrebbe mai imporre al privato cittadino di azionare lo strumento processuale prima che detta lesione concreta e attuale di un diritto o di un interesse legittimo sia reale ed effettiva; il giudice rimettente osserva che il principio di effettività sostanziale non può dirsi rispettato quando la possibilità di contestare le decisioni delle amministrazioni giudicatrici sia affidata all’iniziativa di soggetti che non hanno alcuna garanzia di poter ricavare vantaggi materiali dal favorevole esito della controversia o che addirittura potrebbero correre il rischio di favorire propri concorrenti.

Nella ricostruzione operata dal T.A.R. Piemonte, le norme censurate hanno pertanto introdotto una tipologia di contenzioso che si qualifica per essere un giudizio di diritto oggettivo, contrario ai principi comunitari sopra richiamati, che forgiano il diritto di azione come diritto del solo soggetto titolare di un interesse attuale e concreto, interesse che, nell’ipotesi delle gare di appalto, consiste unicamente nel conseguimento dell’aggiudicazione, o, al più, quale modalità strumentale al perseguimento del medesimo fine, nella *chance* derivante dalla rinnovazione della gara.

Il T.A.R. mette in luce come il soggetto privato obbligato a proporre un giudizio secondo lo schema del rito “superaccelerato” non solo non ha un interesse concreto ed attuale ad una pronuncia dell’autorità giudiziaria, ma subisce anche un danno dall’applicazione dell’art. 120 comma 2*-bis* c.p.a., sia con riferimento agli esborsi economici ingentissimi collegati alla proposizione di plurimi ricorsi avverso l’ammissione di tutti i concorrenti alla gara, sia per la potenziale compromissione della propria posizione agli occhi della Commissione di gara destinataria dei plurimi ricorsi.

Si evidenzia poi come la normativa interna in esame comporti altresì la violazione del principio di proporzionalità, che impone come gli inconvenienti causati da una misura non siano sproporzionati rispetto ai fini da raggiungere. La misura in esame, infatti, se da una parte rischia di favorire la proliferazione dei ricorsi nella fase di ammissione delle imprese negli appalti di maggiore rilevanza economica, con conseguente rischio di paralisi dei procedimenti di gara, dall’altra parte può incentivare la creazione di un vulnus per il sistema giustizia nel suo complesso laddove è presumibile che negli appalti di minore rilevanza economica il rito super accelerato finirà per dissuadere i concorrenti dall’intraprendere iniziative processuali anticipate.

La Corte si è pronunciata con l’ordinanza C- 54/18[[32]](#footnote-33) affermando la compatibilità con il diritto europeo della disciplina processuale nazionale a condizione che i vizi di legittimità degli atti siano conoscibili dagli interessati.

Prendendo le mosse dall’art. 2 *quater* della direttiva 89/665[[33]](#footnote-34), la Corte, con riferimento alla prima questione, ricostruisce la disciplina comunitaria statuendo come da questa disposizione si evinca quindi che un termine di decadenza di 30 giorni, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, entro cui i ricorsi contro i provvedimenti di ammissione o esclusione dalla partecipazione alle procedure devono essere proposti, sia in linea di principio compatibile con il diritto dell'Unione, *“a condizione che tali provvedimenti siano accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti, tale da garantire che i suddetti interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza della violazione del diritto dell’Unione dagli stessi lamentata”*[[34]](#footnote-35). Nel definire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali, quindi, gli Stati membri devono garantire che non sia compromessa né l'efficacia della direttiva 89/665 né i diritti conferiti ai singoli dal diritto dell'Unione, in particolare il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, sancito dall'articolo 47 della Carta. Ciò presuppone che i termini prescritti per proporre siffatti ricorsi inizino a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente abbia avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza dell'asserita violazione di dette disposizioni.

Sulla seconda questione, invece, la Corte osserva come non possa escludersi che, in particolari circostanze o in considerazione di talune delle loro modalità, l’applicazione delle norme di decadenza possa pregiudicare i diritti conferiti ai singoli dal diritto dell'Unione e segnatamente il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, sancito dall'articolo 47 della Carta. Può accadere infatti che le norme di decadenza previste dalla disciplina interna siano applicate in modo tale che l'accesso da parte di un offerente ad un ricorso avverso una decisione illegittima gli sia negato, sebbene egli, sostanzialmente, non potesse essere a conoscenza di detta illegittimità se non in un momento successivo alla scadenza del termine di decadenza. La Corte dunque demanda al Giudice del rinvio di valutare se nel caso concreto la ricorrente “*sia stata posta effettivamente in condizione di proporre un ricorso entro il termine di decadenza di 30 giorni di cui all’art. 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo”*[[35]](#footnote-36)*.*

Conclusivamente, dunque, la Corte ha ritenuto non in contrasto con la disciplina eurounitaria la normativa italiana di recepimento delle direttive contratti, concludendo per la compatibilità con il diritto dell’Unione europea del termine di 30 giorni per l’esercizio dell’azione[[36]](#footnote-37), a condizione che i vizi di legittimità degli atti siano conoscibili agli interessati. Nonostante ciò, il legislatore nazionale è comunque intervenuto nuovamente – scelta non scevra da giudizi negativi – a modificare la disciplina processuale in materia, per far fronte alle diffuse critiche mosse al rito super accelerato sia dagli operatori giuridici che dagli operatori economici, disponendone quindi la cancellazione con il c.d. Sblocca-cantieri, il d. l. n. 32 del 2019, con cui è stato dunque abrogato il comma 2-*bis* dell’art. 120 c.p.a. (che stabiliva l'onere di immediata impugnazione delle ammissioni) e il comma 6-*bis* (che disciplinava sul piano processuale il nuovo rito).

Conforme alla pronuncia della Corte di Giustizia è quella della Corte Costituzionale[[37]](#footnote-38) che, seppur intervenuta successivamente all’entrata in auge della novella, non è priva di pregio ai fini dell’inquadramento generale del rito.

Con due ordinanze[[38]](#footnote-39) di tenore analogo, il T.A.R. Puglia ha rimesso alla Corte Costituzionale le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 120 comma 2-*bis* c.p.a. nella parte in cui onera le imprese concorrenti dell’ immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione delle altre imprese partecipanti, pena l’indeducibilità dei vizi afferenti alla fase di ammissione alla gara mediante l’impugnazione dei successivi atti della procedura di affidamento, per contrasto con gli artt. 3, comma 1, 24, commi 1 e 2, 103, comma 1, 111, commi 1 e 2, 113, commi 1 e 2, e 117, comma 1, della Costituzione e 6 e 13 della CEDU.

Il rimettente lamenta, in sostanza, la violazione dei princìpi di ragionevolezza e di effettività della tutela giurisdizionale perché, da una parte il legislatore avrebbe introdotto un onere di impugnazione di un atto per sua natura non immediatamente lesivo[[39]](#footnote-40), il cui esercizio, peraltro economicamente gravoso, potrebbe rivelarsi inutile ove al termine della gara il ricorrente risulti aggiudicatario o, per converso, si collochi in una posizione della graduatoria che comunque non gli consenta di ottenere il bene della vita cui aspira; dall’altra, la declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto avverso l’aggiudicazione per omessa tempestiva impugnazione dell’ammissione dell’aggiudicatario sarebbe una «sanzione» eccessiva, che sacrifica in maniera sproporzionata il diritto di accesso alla tutela giurisdizionale e la sua effettività in favore del contrapposto interesse pubblico ad evitare l’abuso del processo[[40]](#footnote-41).

La Corte, dopo aver ricostruito il quadro normativo ha rilevato come l’intervenuta abrogazione nelle more del giudizio di legittimità costituzionale non incide sulla rilevanza delle questioni sottoposte al suo esame poiché, ai sensi dell’art. 1, comma 23 del d.l. 32 del 2019, *« le disposizioni di cui al comma 22 si applicano ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto»* e quindi non riguardano i processi a quibus[[41]](#footnote-42).

Sulla prima questione, relativa come detto alla violazione dei principi di ragionevolezza e di effettività della tutela giurisdizionale, la Corte, con la pronuncia in parola, osserva come da una parte l’ordinamento riconosca in capo al legislatore ampia discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali e nella fissazione di termini di decadenza o prescrizione, ovvero di altre disposizioni condizionanti l’azione con il solo limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte compiute; dall’altra evidenzia come, da costante orientamento della stessa Corte, l’art. 24 Cost. non comporti che il cittadino debba conseguire la tutela giurisdizionale sempre nello stesso modo e con i medesimi effetti, ma lo stesso può dirsi rispettato purché non vengano imposti oneri o prescritte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l’esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell’attività processuale. Guardando dunque alla *ratio* dell’intervento legislativo, ossia quella di definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all’esame delle offerte e di evitare che con l’impugnazione dell’aggiudicazione possano essere fatti valere vizi attinenti alla fase della verifica dei requisiti di partecipazione alla gara il cui eventuale accoglimento farebbe regredire il procedimento alla fase di ammissione, la Suprema Corte ritiene la scelta di introdurre il rito c.d. super-speciale non può ritenersi irragionevole, né l’onere di immediata impugnazione e la correlata preclusione processuale, secondo lo schema classico del giudizio impugnatorio, sono tali da rendere impossibile o estremamente difficile l’esercizio del diritto di difesa.

Rispetto alla presunta violazione degli artt. 24, 103 e 113 Costituzione, nella ricostruzione del giudice rimettente le norme censurate imporrebbero l’impugnazione di un atto non immediatamente lesivo, introducendo quindi un’ipotesi di giurisdizione di tipo oggettivo volta alla verifica della legalità dell’azione amministrativa e scollegata dalla posizione soggettiva del ricorrente, determinando così un contrasto con i citati parametri costituzionali.

Vero è, asserisce la Corte, che la giurisdizione amministrativa, nelle controversie tra amministrati e pubblico potere, è primariamente rivolta alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive e solo mediatamente al ripristino della legalità dell’azione amministrativa, *“legalità che pertanto può e deve essere processualmente perseguita entro e non oltre il perimetro dato dalle esigenze di tutela giurisdizionale dei cittadini”* ma è vero pure che nel caso di specie il legislatore non ha configurato una giurisdizione di tipo oggettivo volta a tutelare in via esclusiva o prioritaria l’interesse generale alla correttezza e trasparenza delle procedure di affidamento, piuttosto ha inteso dare autonoma rilevanza all’interesse strumentale o procedimentale del concorrente alla corretta formazione della platea dei soggetti partecipanti alla gara[[42]](#footnote-43).

Se è vero che i parametri costituzionali citati hanno posto al centro della giurisdizione amministrativa l’interesse sostanziale al bene della vita, deve anche riconoscersi che attribuire rilevanza in casi particolari ad interessi strumentali può comportare un ampliamento della tutela attraverso una sua anticipazione e ciò non è distonico rispetto ai principi costituzionali “*sempre che sussista un solido collegamento con l’interesse finale e non si tratti di un espediente per garantire la legalità in sé dell’azione amministrativa, anche al costo di alterare l’equilibrio del rapporto tra le parti proprio dei processi a carattere dispositivo”*; pertanto, *“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”.*

Infondata è ritenuta dalla Corte Costituzionali anche la censura relativa all’asserita violazione del diritto di difesa in considerazione degli esosi costi processuali cui soggiace il ricorrente poiché, seppur detto aspetto meriti “un’attenta riflessione”, lo stesso è meramente ancillare rispetto alla tesi principale giacché ritenuta legittima l’emersione legislativa dell’interesse procedimentale alla corretta cristallizzazione della platea dei concorrenti, esso non mantiene un’autonoma forza logica[[43]](#footnote-44).

La dedotta violazione dell’art. 117, primo comma, Costituzione, in relazione agli artt. 6 e 13 CEDU – secondo cui detti parametri implicherebbero la libertà del ricorrente di autodeterminarsi in ordine alla concretezza ed attualità dell’interesse ad agire contro le altrui ammissioni alla gara – è del pari ritenuta infondata sulla base della sussistenza di *“un certo margine di apprezzamento nella configurazione del diritto di accesso a un tribunale e, in particolare, nella previsione di eventuali limiti, la condizione che siano posti per uno scopo legittimo, rispettino il principio di proporzionalità e non abbiano l’effetto di rendere impossibile od oltremodo difficile l’esercizio del diritto convenzionale.”*

Infine, la congiunta violazione degli artt. 24 e 111 Costituzione secondo cui il rito in alternativa comporterebbe sia un effetto dissuasivo delle iniziative giurisdizionali che una paradossale e defatigante proliferazione dei ricorsi è stata frettolosamente giudicata *“inammissibile per contraddittorietà e perplessità, poiché il T.A.R. Puglia stringatamente prospetta una violazione alternativa ed opposta di differenti parametri costituzionali: il rito “super speciale” potrebbe avere un effetto dissuasivo delle controversie o, al contrario, un effetto moltiplicativo delle stesse.”,* seppur in vero il tanto discusso ed ormai abrogato rito si è senz’altro contraddistinto per questa sua contraddittoria dualità.

Traendo dunque le conclusioni, le due pronunce, quella della Corte di Giustizia e quella della Corte Costituzionale, hanno salvato il rito super accelerato introdotto dal legislatore del 2016 statuendo in definitiva la sua compatibilità con i principi costituzionali ed eurounitari, ma questo non è stato sufficiente ad impedire che la scure dell’abrogazione di abbattesse su di esso.

***5. L’abrogazione dell’art. 120 comma 2 bis c.p.a. ed il regime delle preclusioni.***

Le problematiche esaminate nei paragrafi precedenti, unitamente alle critiche provenienti dagli operatori del settore hanno indotto, come noto, il legislatore ad un intervento riformatore del regime processuale in materia di appalti pubblici di tal ché con il d.l. 32 del 2019 conv. in l. n. 55 del 2019 il comma 2 *bis* dell’art. 120 c.p.a. recante la disciplina del rito super accelerato, è stato abrogato. Il legislatore ha predisposto un regime transitorio che, però, ha fatto insorgere in capo all’interprete tanti dubbi quanto l’abrogata norma.

Controverso è oggi l’effetto che l’intervenuta abrogazione della norma *de qua* ha prodotto rispetto all’onere di immediata impugnazione dell’ammissione del concorrente, statuito dalla disciplina precedente. In particolare, quel che preme qui rilevare sono le ricadute a valle della riforma, sotto il profilo della sanatoria delle preclusioni ovvero della disciplina da applicare in tutti quei casi in cui il provvedimento di ammissione sia stato pubblicato anteriormente all’entrata in vigore della riforma e non sia stato censurato nei termini di cui alla normativa applicabile *ratione temporis*, ma sia stata poi impugnata l’aggiudicazione, anche in ragione dell’ammissione, a norma della disciplina risultante dal c.d. Sblocca cantieri.

Come anticipato, l’analisi prende avvio da due ricorsi proposti innanzi al Consiglio di Stato avverso una pronuncia del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, con la quale è stata dichiarata l’inammissibilità del ricorso proposto in prime cure perché ritenuto tardivo.

In particolare, la vicenda attiene ad una procedura aperta, indetta il 26 luglio 2017. Il relativo provvedimento di ammissione alla gara, al quale sarebbe applicabile *ratione temporis* il rito super accelerato, è del 16 gennaio 2018, ma non è stato impugnato nel termine di cui al comma 2-*bis* dell’art. 120, bensì insieme con il provvedimento di aggiudicazione, del 11 ottobre 2019, secondo il regime normativo vigente a seguito della riforma introdotta con il c.d. Sblocca cantieri.

La ricostruzione della scansione temporale della vicenda è funzionale all’individuazione della disciplina normativa applicabile alla stessa.

Come anticipato, al momento dell’indizione della gara e a quello di adozione del provvedimento di ammissione dei concorrenti, era operativo l’art 120 nella formulazione *ante* riforma e, dunque, la fattispecie in oggetto sarebbe *ratione temporis* ricaduta sotto il regime del rito super accelerato a norma del quale le censure avverso il provvedimento di ammissione devono essere dedotte entro trenta giorni dall’emanazione dello stesso.

Nel caso in esame, invece, il ricorrente non ha provveduto ad impugnare il provvedimento di ammissione nel termine fissato dal comma 2-*bis* dell’art. 120 c.p.a., ma ha provveduto solo all’impugnazione dell’aggiudicazione per motivi attinenti anche all’ammissione di altri concorrenti, ritenendo sanata la preclusione prevista dal rito super accelerato in forza del comma 23 dell’art. 1 del d.l. n. 32 del 2019, secondo cui il nuovo regime si applica a tutti i processi iniziati dopo l’entrata in vigore della legge di conversione, ovvero dal 18 giugno 2019.

Il nodo cruciale, dunque, è rappresentato dall’ambito di applicazione del regime transitorio e consiste nell’individuare quale sia la sorte di quei provvedimenti di ammissione divenuti inoppugnabili prima della data di entrata in vigore della riforma ovvero è da chiedersi se il soggetto interessato potrà proporre ricorso direttamente avverso l’aggiudicazione intervenuta in un momento successivo, oppure se dovrà considerarsi consolidata la preclusione processuale.

Ai nostri fini, cruciale è la disciplina transitoria prevista dal d.l. n. 32 del 2019 e dalla legge di conversione n. 55 del 2019, con particolare riguardo alla disposizione abrogativa del rito super accelerato che, a norma del comma 23 dell’art. 1 del su indicato decreto prevede che la stessa si applichi ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione (pubblicata in G.U.R.I. il 17 giugno 2019 ed entrata in vigore il 18 giugno 2019), e dunque iniziati dal 19 giugno 2019[[44]](#footnote-45).

In ragione della lettera della legge, il nuovo regime normativo dovrebbe applicarsi anche ai provvedimenti di ammissione o esclusione da gare bandite prima dell’entrata in vigore del d.l. n. 32 del 2019 o adottati prima dell’entrata in vigore dello stesso.

Si ha riguardo non alla data di pubblicazione del bando o dell’avviso, alla data di diramazione degli inviti alla data di adozione del provvedimento di ammissione o esclusione, bensì esclusivamente alla data di inizio del processo (art.1, comma 23, del d.l. n. 32 del 2019).

Tale questione è ad oggi al vaglio della dottrina nonché della giurisprudenza amministrativa, essendo da essa dipendenti questioni di ricevibilità del ricorso che, come nel caso da cui è originato questo approfondimento, a seconda dall’interpretazione scelta, potrebbe essere considerato tardivo.

La problematica è dunque particolarmente sentita proprio per le gravi conseguenze che ne derivano e vede contrapporsi due diversi orientamenti.

Ad una lettura rigorosa dovrebbe sostenersi il perdurare degli effetti preclusivi del comma 2-*bis* dell’art. 120 c.p.a., imponendo lo stesso al giudice di dichiarare tardive le censure sull’ammissione dell’aggiudicatario divenute inoppugnabili prima del 19 aprile 2019, data di entrata in vigore del d.l. n. 32 del 2019.

La tesi che, invece, viene ritenuta preferibile in dottrina è meno rigorosa giacché considera ammissibile il ricorso proposto dall’interessato perché «*il processo originato dal ricorso contro l’aggiudicazione, impugnata per asseriti vizi riguardanti i requisiti soggettivi di partecipazione dell’aggiudicatario, è indiscutibilmente iniziato dopo l’entrata in vigore della legge di conversione del Dl n. 32/2019*»[[45]](#footnote-46)*.*

A sostegno di tale lettura vengono riportate due argomentazioni.

In primo luogo viene assegnata preferenza al dato letterale (dapprima del comma 5 dell’art. 1 del d.l. n. 32 del 2019 e poi del comma 23 art. 1 della l. n. 55 del 2019) che utilizza quale *dies a quo* dell’applicazione della nuova disciplina non il momento di emanazione del bando o avviso, o della diramazione degli inviti, né quello dell’adozione del provvedimento di ammissione o esclusione, bensì il momento instaurativo del processo. Si afferma, inoltre, che la previsione, nel d.l. n. 32, di uno specifico regime transitorio, di cui era invece carente l’originario [art. 204](#bookmark) del d. lgs. n. 50 del 2016, dimostri la chiara volontà del legislatore di bloccare immediatamente l’instaurazione di ricorsi [ex art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a](#bookmark1). anche per le gare avviate in base alla disciplina codicistica precedente all'entrata in vigore del suddetto decreto.

Il secondo argomento utilizzato dai sostenitori di tale tesi è fornito da un’interpretazione teleologica della norma, che guarda all’intenzione del legislatore ovvero il conseguimento, come risultato immediato, dell’eliminazione tempestiva del rito super accelerato dalla compagine processuale[[46]](#footnote-47).

L’interpretazione che appare prevalente in dottrina è, dunque, quest’ultima, che attribuisce all’abrogazione del rito super speciale una efficacia retroattiva, tale da estendere i propri effetti anche su quei provvedimenti di ammissione divenuti inoppugnabili già prima della data di entrata in vigore del d.l. n. 32 del 2019.

Anche la giurisprudenza amministrativa vede il delinearsi di due diversi orientamenti.

Secondo una prima linea interpretativa, minoritaria, il provvedimento di ammissione, divenuto inoppugnabile perché non censurato nel termine decadenziale previsto dal comma 2-*bis* dell’art. 120 vigente *ratione temporis*, rende il successivo ricorso avverso l’aggiudicazione, per motivi attinenti all’ammissione, irricevibile.

Questa conclusione viene corroborata dall’argomento per cui una normativa processuale sopravvenuta non può modificare un dato sostanziale consolidato[[47]](#footnote-48).

Viene in tal senso richiamato il principio *tempus regit actum* che, per giurisprudenza oramai consolidata, si applica anche in materia di norme processuali e secondo cui la legge sopravvenuta trova applicazione soltanto per l’avvenire e non può avere effetto retroattivo, salvo che non sia la legge stessa a dettare regole espresse per l’attività in precedenza già compiuta.

Sulla scorta di tale principio, si ritiene che la nuova disciplina possa trovare applicazione solo limitatamente a quelle fattispecie residuali in cui non fosse già spirato il termine per l’impugnazione del provvedimento di ammissione alla data di entrata in vigore del d.l. n. 32 del 2019[[48]](#footnote-49).

In tal senso si esprime anche il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, sez. III *quater,* con la sentenza n. 15025 del 31 dicembre 2019 – dando spunto al presente approfondimento – secondo cui, non solo per derogare al principio di irretroattività della legge è necessario che la stessa operi una previsione chiara e puntuale, ma sarebbe altresì necessaria, da parte del legislatore, una disciplina univoca anche in riferimento a precise fattispecie.

Secondo il Collegio romano, «*il legislatore del 2019 avrebbe dovuto dunque operare, in ipotesi, un riferimento esplicito anche ai provvedimenti di ammissione già adottati e ad effetti già esauriti*»*,* non essendo sufficiente la mera locuzione “processi iniziati” a ricomprendere – continua il Collegio – «*non solo i bandi adottati prima dell’entrata in vigore della legge di conversione del decreto – legge n. 32 del 2019, ma anche i provvedimenti di ammissione già adottati ed i cui effetti si rivelino esauriti per il decorso del (*in illo tempore*) prescritto termine decadenziale*».

Per i sostenitori di tale tesi, dunque, sarebbe stato necessario, per il configurarsi dell’effetto sanatorio, una espressa indicazione normativa e non meramente interpretativa, dovendosi, nel contemperamento dei contrapposti interessi, quali, da una parte la necessità avvertita dal legislatore di espungere senza ritardi il rito super – speciale dall’ordinamento e dall’altra il rispetto dei principi cardine dell’ordinamento stesso, dare prevalenza alla tutela del principio *tempus regit actum* e a quello della certezza del diritto.

In questo quadro si colloca altresì la pronuncia del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, sez. staccata di Catania[[49]](#footnote-50), che evidenzia le incertezze circa il parametro temporale cui fare riferimento per l’applicazione della disciplina transitoria.

Nella pronuncia indicata, il Giudice, nel ricostruire il regime transitorio qui in esame, aderisce ad una prospettiva ermeneutica secondo cui il rito “super accelerato” non sarebbe applicabile ai processi iniziati dal giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della Legge di conversione, ovvero dal 18 giugno 2019, e non invece a quelli instaurati dal 19 aprile, data di entrata in auge del d.l. 32 del 2019.

Il Collegio, restringendo il campo d’azione della clausola di salvezza degli effetti prodotti dal d.l. prevista dall’art. 1 co.2 della Legge di conversione ai soli atti e provvedimenti adottati dalla Pubblica amministrazione, fornisce una interpretazione della normativa secondo cui verrebbe a delinearsi un sistema di doppio binario, basato sul presupposto che la riforma entri in vigore sin dal 19 aprile 2019 in tutti i suoi aspetti ad eccezione dell’abrogazione del rito super accelerato.

Secondo questa lettura, che invero appare fortemente minoritaria, è da ritenersi che *“il Legislatore abbia inteso differire in avanti l’abrogazione del rito “super-accelerato” per concedere alle imprese e Pubbliche Amministrazioni interessate quel ragionevole periodo di conoscenza della normativa appena introdotta funzionale ad assicurare le condizioni essenziali per una corretta esplicazione del diritto di difesa secondo le nuove ( o forse sarebbe il caso di dire vecchie) regole processuali sancite dalla disciplina di recente introduzione, considerato che le ragioni di straordinaria necessità ed urgenza caratterizzanti l’intervento normativo in questione, nella sua complessità considerato, non avevano consentito la previsione di un adeguato periodo di vacatio legis dall’entrata in vigore del decreto legge”.*

Secondo un altro orientamento, da ritenersi ormai dominante in dottrina e in giurisprudenza, il ricorso proposto dopo l’abrogazione del rito super-accelerato, con cui venivano sollevate anche censure in merito ad un provvedimento di ammissione, è del tutto ammissibile[[50]](#footnote-51).

Secondo i sostenitori di tale lettura, con l’entrata in vigore del d.l. n. 32 del 2019 si è determinata l’immediata espunzione del rito super accelerato dall’ordinamento processuale con conseguente sanatoria delle preclusioni medio tempore maturate.

In tal senso, ad esempio, il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, sez. II-*quater* con la sentenza n. 13781 del 2 dicembre 2019, secondo cui «*dato l’immediato effetto abrogativo del rito “super-accelerato” previsto dal d.l. e confermato dalla legge di conversione vanno disattese le eccezioni delle parti resistente volte a pretenderne l’ultrattività, ipotizzando un effetto di decadenza, che si pone in contrasto con la lettera e la ratio della novella*»[[51]](#footnote-52).

«*La previsione del Decreto “Sblocca-cantieri”* – continua il Tribunale – *fa espresso riferimento al momento in cui si instaura il processo e non a quello in cui si avvia la procedura di gara, o vengono ammessi i concorrenti, in modo del tutto coerente con la natura e la finalità di tale norma processuale: i requisiti e le condizioni per poter proporre un’azione vanno valutate al momento in cui detta azione è proposta, ed, appunto, al momento in cui è stato proposto il ricorso in esame, l’impugnativa dell’ammissione delle altre concorrenti non era più richiesto dalla legge quale presupposto necessario per impugnare gli atti direttamente interessanti la ricorrente*».

Nello stesso senso va la pronuncia del 13 maggio 2019 del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sede di Catanzaro, secondo cui avendo scelto il legislatore quale riferimento temporale «*non la pubblicazione del bando o la spedizione dell’invito, ovverosia, secondo i tradizionali criteri adottati allo scopo nella materia, il momento dell’avvio della procedura di affidamento, bensì l’inizio del processo, ritiene il collegio che, in virtù del canone interpretativo ispirato a fondamentali esigenze di effettività della tutela giurisdizionale ma anche in ordine logico-sistematico, per processi iniziati dopo l’entrata in vigore del presente decreto debbano intendersi, nell’ottica di chi agisce in giudizio ovvero di chi lo ha iniziato, quelli in cui il ricorso introduttivo venga notificato ( e non depositato) dopo il 19 aprile 2019*»[[52]](#footnote-53)*.*

Nel senso di una vera e propria sanatoria delle preclusioni, poi, si esprime chiaramente il Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, secondo cui la disposizione transitoria di cui al comma 23 dell’art. 1 del d.l. n. 32 del 2019 ha «*introdotto una sorta di sanatoria delle preclusioni verificatesi nel vigore dell’assetto precedente a seguito della mancata impugnazione dei provvedimenti di ammissione ad esclusione delle gare nel termine di trenta giorni dalla loro pubblicazione sul profilo del committente*»[[53]](#footnote-54).

Al netto delle pronunce dei Tribunali amministrativi regionali, dal cui esame si evince la coesistenza di due diverse interpretazioni del testo che oscillano, dunque, tra la prospettazione di un’eliminazione temperata o immediata del rito super accelerato (tesi, questa, maggioritaria), va altresì esaminato l’orientamento del Consiglio di Stato che, invero, non si è ancora pronunciato nel merito della questione.

In un recente pronunciamento, tuttavia, il Consiglio di Stato ha riformato la pronuncia del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, che mostrava di condividere la tesi c.d. minoritaria, tesa a respingere l’ammissibilità del ricorso proposto su una procedura rispetto alla quale il termine per l’impugnazione dei provvedimenti di ammissione è già spirato prima dell’entrata in vigore del d.l. n. 32 del 2019.

Con l’ordinanza n. 148 del 17 gennaio 2020 la sez. V del Consiglio di Stato ha riformato l’ordinanza n. 7258 dell’8 novembre 2019 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, ritenendo «*che sussista il necessario* fumus boni iuris*, atteso che il ricorso proposto contro l’aggiudicazione è stato depositato successivamente all’entrata in vigore della legge di conversione del d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (legge 14 giugno 2019 n. 55), e che allo stesso non si può applicare l’art. 120, comma 2* bis*, Cod. proc. amm., perché abrogato dall’art. 1, comma 22, del d.l. medesimo, in quanto l’art. 1, comma 23, prevede che “le disposizioni del comma 22 si applicano ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto” (18 giugno 2019), come nella specie*».

Quest’ultimo, dunque, risulta, allo stato, l’orientamento prevalente sia in dottrina che in giurisprudenza.

E, invero, esso è da condividersi sulla scorta di due osservazioni.

In primo luogo il principio dell’irretroattività della legge, su cui si basa la tesi minoritaria, incontra il limite nel dettato dell’art. 25 della Costituzione che lo impone esclusivamente per le fattispecie sanzionatorie di matrice penale.

In secondo luogo il principio di certezza del diritto viene messo in discussione non dall’estensione dell’ambito temporale di efficacia di una riforma, quanto dall’abusato ricorso alla normazione di emergenza nonché da quello che potrebbe definirsi un vizio del legislatore, il quale si mostra sempre più incline ad una continua modificazione dello *status quo*, preferendo sempre l’intervento alla c.d. “opzione zero”, il non intervento.

Federica Maggio

Tirocinante del Consiglio di Stato

Pubblicato il 6 maggio 2020

* **BIBLIOGRAFIA**
* m. cortese, *Il rito super-speciale ex art. 120, comma 2-bis, c.p.a.,* in [www.ammisnistrativamente.com](http://www.ammisnistrativamente.com), n. 2/2019.
* M. P. Chiti, *Il decreto “sblocca cantieri”: ambizioni e limiti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 6*,* p. 719 e ss.
* P. De Nictolis, *Il rito superspeciale in materia di ammissioni ed esclusioni fra dubbi di Eurounitarietà e costituzionalità*, in *Urb. e app.*, 2020, 1, p. 20 e ss.
* R. De Nictolis, *Le novità sui contratti pubblici recate dal d.l. n. 32/2019 "sblocca cantieri", in Urb. e app., 2019*, 4, p. 443 e ss.
* R. De Nictolis, *Il codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà, in* [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)*, n. 19/2016.*

s. dettori, *Obblighi di pubblicazione delle ammissioni e delle esclusioni dei concorrenti alla gara pubblica e vincoli di tutela giurisdizionale*, in giustamm, n. 4/2018.

* D. Galli, *Ritorno alle origini: la soppressione del rito superaccelerato*, in *Giorn. dir. amm.,* 2019, 6, p. 746 e ss.
* f. gatta, *La velocità nemica del diritto: la Corte Costituzionale salva fuori tempo il rito super accelerato*, in www.iusinitinere.it.
* i. lagrotta, *Il rito «super accelerato» in materia di appalti tra profili di (in)compatibilità costituzionale e conformità alla normativa comunitaria*, in www.[federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 7/2018

M. Lipari, *Il rito superspeciale in materia di ammissioni e di esclusioni (art. 120, co. 2-bis e 6-bis del cpa) va in soffitta. E, ora, quali conseguenze pratiche?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 20 giugno 2019.

M. Lipari, *La tutela giurisdizionale e “precontenziosa” nel nuovo Codice dei contratti pubblici”,* in www.federalismi.it, n. 10/2016.

M. Lipari, *La decorrenza del termine di ricorso nel rito superspeciale di cui all’art. 120, co. 2-bis e 6-bis, del CPA: pubblicazione e comunicazione formale del provvedimento motivato, disponibilità effettiva degli atti di gara, irrilevanza della “piena conoscenza”; l’ammissione conseguente alla verifica dei requisiti,* in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 17 dicembre 2018.

a.m. sandulli, *Rito speciale in materia di contratti pubblici, in* [*www.lamministrativista.it*](http://www.lamministrativista.it)*,* 13 giugno 2018;

a.m. sandulli, a. carbone, Misure economiche di deflazione del contenzioso, in treccani, Libro dell’Anno, 2015.

G. Strazza,*Abrogazione del rito “superaccelerato”: dubbi e soluzioni, lamministrativista.it*, 5 novembre 2019.

l. torchia, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in Giornale di diritto amministrativo, n. 5/2016, 610.

S. Tranquilli, *Quid iuris dopo il commiato del rito “super-speciale” sulle impugnazioni delle ammissioni ed esclusioni dalle gare?*, in *Foro amm.*, 2019, 3, p. 363 e ss.

S. Tranquilli, *Prime riflessioni Prime riflessioni a margine di alcune recenti oscillazioni giurisprudenziali sull’individuazione del dies a quo per impugnare le ammissioni e le esclusioni dalle gare alla luce della disciplina del rito “super-speciale”*, in www.federalismi.it, n. 5/2018

1. m. a. sandulli, *Rito speciale in materia di contratti pubblici*, in [www.lamministrativista.it](http://www.lamministrativista.it), 13 giugno 2018. [↑](#footnote-ref-2)
2. Legge 6 dicembre 1971, n. 1034 Istituzione dei tribunali amministrativi regionali (Pubblicata nella G.U. 13 dicembre 1971, n. 314). [↑](#footnote-ref-3)
3. Si tratta del d.lgs. n. 163/2006 (codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture) corredato dal d.P.R. n. 207/2010 (regolamento di esecuzione e attuazione del codice), oltre che da una serie di altri atti normativi, primari o secondari, per specifici settori (appalti della difesa, nei settori della sicurezza, relativi a beni culturali; codice del processo amministrativo quanto alla tutela giurisdizionale). [↑](#footnote-ref-4)
4. r. de nictolis, *Il codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, in www.federalismi.it, 5 ottobre 2016. [↑](#footnote-ref-5)
5. Nel parere n. 855/2016 dell’1.4.2016 il Consiglio di Stato ha osservato quanto segue: “Il Codice appresta un corpo normativo cui è sottesa l’esigenza della riduzione dei contenziosi e della definizione veloce delle liti. Questo obiettivo è anzitutto affidato, in via preventiva, alle buone regole e alla buona amministrazione, nonché ai nuovi criteri reputazionali di selezione degli operatori, volti a creare una nuova cultura e responsabilità etica dei partecipanti alle gare. Quando tuttavia il contenzioso sia inevitabile, occorre trovare un ragionevole punto di equilibrio tra la giusta esigenza di rapida definizione delle liti e il valore, costituzionale e sovranazionale, dell’effettività della difesa. La tutela giurisdizionale, proprio nel settore degli appalti pubblici, secondo i principi comunitari non può essere ostacolata, resa eccessivamente difficile, mutilata della tutela cautelare. Il sistema eurounitario si spinge ad apprestare una tutela cautelare *ex lege* ai concorrenti: il c.d. standstill. Le nuove disposizioni processuali impongono l’immediata impugnazione di ammissioni ed esclusioni, al condivisibile fine di deflazionare il successivo contenzioso sull’aggiudicazione, nella prassi complicato ed esasperato dai ricorsi incidentali che rimettono in discussione la fase di ammissione. Tuttavia tale onere di immediata impugnazione, che grava le parti con tempi stretti ed ulteriori costi processuali, dovrà essere compensato da una tempestiva accessibilità degli atti di gara inerenti ammissioni ed esclusioni, e, in prospettiva, e fatte le pertinenti verifiche di compatibilità finanziaria, con una rimodulazione del contributo unificato…A sua volta, il nuovo rito processuale che onera della impugnazione immediata delle ammissioni in gara, se depotenzia la tattica dei ricorsi incidentali strumentali, deve tuttavia coordinarsi con le regole sulla piena conoscibilità degli atti di gara. Dovrà anche valutarsi una riflessione sulla misura del contributo unificato, al fine di non rendere la tutela giudiziaria (articolata in struttura bifasica, con la doppia impugnazione degli atti di ammissione/esclusione e della successiva aggiudicazione) troppo complessa e costosa”. [↑](#footnote-ref-6)
6. C.G.A.R.S., sez. giurisd., 14 febbraio 2020, n. 123. [↑](#footnote-ref-7)
7. Per un interessante approfondimento m.a. sandulli, a. carbone, *Misure economiche di deflazione del contenzioso*, in Treccani, Libro dell’Anno, 2015. [↑](#footnote-ref-8)
8. i. lagrotta, *Il rito «super accelerato» in materia di appalti tra profili di (in)compatibilità costituzionale e conformità alla normativa comunitaria*, in www.[federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 7/2018. [↑](#footnote-ref-9)
9. T.A.R. Puglia, sede di Bari, sez. III. 14.04.2017, n. 394. [↑](#footnote-ref-10)
10. Consiglio di Stato, ord., sez. V, 14 marzo 2017, n. 1059 in www.giustizia-amministrativa.it. [↑](#footnote-ref-11)
11. Per una attenta disamina di questo tema, m. lipari, *La tutela giurisdizionale e “precontenziosa” nel nuovo Codice dei contratti pubblici”,* in www.federalismi.it, n. 10/2016. [↑](#footnote-ref-12)
12. T.A.R. Lombardia, sede di Milano, Sez. I, 5 gennaio 2018, n. 28 e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 17 luglio 2017, n. 8577, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. [↑](#footnote-ref-13)
13. d.lgs n. 56 del 19 aprile 2017. [↑](#footnote-ref-14)
14. a.m. sandulli, *Rito speciale in materia di contratti pubblici*, [www.lamministrativista.it](http://www.lamministrativista.it), del 13 giugno 2018. [↑](#footnote-ref-15)
15. Interessanti sul punto sono le osservazioni di S. TRANQUILLI, *Prime riflessioni Prime riflessioni a margine di alcune recenti oscillazioni giurisprudenziali sull’individuazione del dies a quo per impugnare le ammissioni e le esclusioni dalle gare alla luce della disciplina del rito “super-speciale”*, in www.federalismi.it, n. 5/2018, [↑](#footnote-ref-16)
16. m. lipari, *La decorrenza del termine di ricorso nel rito superspeciale di cui all’art. 120, co. 2-bis e 6-bis, del CPA: pubblicazione e comunicazione formale del provvedimento motivato, disponibilità effettiva degli atti di gara, irrilevanza della “piena conoscenza”; l’ammissione conseguente alla verifica dei requisiti,* in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 17 dicembre 2018. [↑](#footnote-ref-17)
17. Consiglio di Stato, Sez. III, 27 dicembre 2019, n. 8869; nello stesso senso Consiglio di Stato sez. V, 18 marzo 2019 n, 1753; Consiglio di Stato, sez III, del 25 febbraio 2019,n. 1312; [↑](#footnote-ref-18)
18. T.A.R. Puglia, sede di Bari, sez. I, 7.12.2016, n. 1367, *ex multis* T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 19.01.2017, n. 434. [↑](#footnote-ref-19)
19. T.A.R. Lazio, sede di Roma, 20 gennaio 2017, n. 1025. [↑](#footnote-ref-20)
20. Consiglio di Stato, Sez. V, 23 agosto 2018, n.5036. [↑](#footnote-ref-21)
21. T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 13 giugno 2017, n. 3226. In questo senso va anche l’obiter contenuto nella pronuncia dell’Ad. Plenaria del 26 aprile 2018 n. 4 che ha evidenziato come il co. 6-*bis* dell'art. 120 c.p.a. si riferisca in realtà ai soli gravami incidentali che hanno ad oggetto, non vizi di legittimità del provvedimento di ammissione alla gara, ma vizi di altri atti (es. *lex specialis*, ove interpretata in senso presupposto dalla ricorrente principale), poiché, “diversamente opinando, si giungerebbe alla conclusione non coerente con il disposto di cui al comma 2-*bis* di consentire l'impugnazione dell'ammissione altrui oltre il termine stabilito dalla novella legislativa: per tal via si violerebbe il comma 2-*bis* citato e, soprattutto, la ratio sottesa al nuovo rito superspeciale che, come sottolineato dal Consiglio di Stato (parere n. 782/2017 sul decreto correttivo al codice degli appalti pubblici) è anche quello di “neutralizzare per quanto possibile …l'effetto “perverso” del ricorso incidentale (anche in ragione della giurisprudenza comunitaria e del difficile dialogo con la Corte di Giustizia in relazione a tale istituto)”. [↑](#footnote-ref-22)
22. Consiglio di Stato, sez.III 27 marzo 2018, n. 1902. [↑](#footnote-ref-23)
23. Consiglio di Stato, sez. V, 21 febbraio 2019, ord. n. 861; Consiglio di Stato, sez. V 14 marzo 2017, ord. n. 1059. [↑](#footnote-ref-24)
24. Consiglio di Stato, sez. V, 6marzo 2017, ord. n. 948: “*malgrado i dubbi interpretativi affacciatisi all’indomani dell’introduzione del rito “superaccelerato” sui provvedimenti di esclusione e ammissione alle procedure di affidamento di contratti pubblici introdotto dal nuovo codice di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 ed in linea con quanto ritenuto dal giudice di primo grado, la tutela cautelare in esso sia ancora configurabile; ciò non solo in considerazione della facoltà per la parte di instare per l’adozione di misure cautelari provvisorie ex art. 56 cod. proc. amm., le quali richiedono la successiva trattazione collegiale (cfr. il comma 4 della disposizione ora citata), ma anche in ragione della possibilità che, malgrado i tempi ridottissimi previsti dall’art. 120 per il rito “superaccelerato”, a causa della congestione dei ruoli di udienza quest’ultimo sia fissato in un termine tale da fare sorgere esigenze cautelari nelle more della celebrazione del merito.”* [↑](#footnote-ref-25)
25. s. dettori, *Obblighi di pubblicazione delle ammissioni e delle esclusioni dei concorrenti alla gara pubblica e vincoli di tutela giurisdizionale*, in giustamm, n. 4/2018 [↑](#footnote-ref-26)
26. In tema di interesse a ricorrere è utile richiamare in questa sede la pronuncia del T.A.R. Puglia, sede di Bari, 25 novembre 2016, n. 6244 nella quale viene ricostruita la ratio dell’interesse a ricorrere: “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 … secondo cui “il requisito dell’attualità dell’interesse non può considerasi 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)” [↑](#footnote-ref-27)
27. l. torchia, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in Giornale di diritto amministrativo, n. 5/2016, 610. [↑](#footnote-ref-28)
28. s. dettori, *Obblighi di pubblicazione*, cit. [↑](#footnote-ref-29)
29. T.A.R. Campania, sede di Napoli, Sez. IV 20 dicembre 2016, n. 5852. [↑](#footnote-ref-30)
30. Consiglio di Stato, sez. V, 7 luglio 2017, n. 3345. [↑](#footnote-ref-31)
31. Si tratta dell’ordinanza T.A.R. Piemonte, Sez. I, 17 gennaio 2018, ord. n. 88. La questione riguardava un’impresa seconda classificata che aveva proposto ricorso ad aggiudicazione avvenuta, lamentando la mancata esclusione dell’aggiudicataria per assenza dei requisiti di partecipazione. Il ricorso, secondo l’art. 120 comma 2 bis c.p.a. avrebbe dovuto essere dichiarato irricevibile perché tardivo perché proposto oltre il termine di trenta giorni previsto dalla norma. [↑](#footnote-ref-32)
32. Corte di Giustizia UE, 14 febbraio 2019, in C-54/2018; [↑](#footnote-ref-33)
33. Ai sensi dell'art. 2 *quater* della direttiva 89/665, gli Stati membri possono stabilire termini per presentare un ricorso avverso una decisione presa da un'amministrazione aggiudicatrice nel quadro di una procedura di aggiudicazione di un appalto disciplinata dalla direttiva 2014/24, aggiungendo che il termine in parola deve essere di almeno dieci giorni civili dal giorno successivo all’invio della comunicazione, se la spedizione è avvenuta per fax o per via elettronica, oppure di almeno quindici giorni, se la spedizione è avvenuta con altri mezzi di comunicazione o di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di ricezione della decisione dell' amministrazione aggiudicatrice, precisando altresì che la comunicazione della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice ad ogni offerente o candidato è accompagnata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti. [↑](#footnote-ref-34)
34. Corte Giustizia UE, C-54/18, cit., par. 32. [↑](#footnote-ref-35)
35. *Ibidem,* par. 46. [↑](#footnote-ref-36)
36. Corte di Giustizia UE, 14 febbraio 2019, in C-54/2018; [↑](#footnote-ref-37)
37. Corte Costituzionale n. 217 del 13 dicembre 2019; [↑](#footnote-ref-38)
38. T.A.R. per la Puglia, sez. III 20 giugno 2018, n. 903 e 20 luglio 2018, n. 1097. Nel caso esaminato con la prima delle ordinanze richiamate, il ricorrente aveva impugnato l’ammissione ad una gara di altri due concorrenti (la q.l.c. era rilevata d’ufficio dal collegio e sottoposta al contraddittorio delle parti in quanto ritenuta rilevante al fine di valutare l’ammissibilità del ricorso), mentre nel caso esaminato con la seconda delle ordinanze citate risultava impugnata l’aggiudicazione mediante contestazione della mancata esclusione dell’aggiudicataria per inidoneità del contratto di avvalimento stipulato ai fini della partecipazione. Nel caso di specie il ricorso era stato presentato entro i termini dell’art. 120 comma 2-*bis* avverso le ammissioni alla procedura e dunque la questione sarebbe potuta essere decisa indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale.

    Tuttavia, secondo il T.A.R. la rilevanza della questione emergeva dal fatto che quest’ultima, ove accolta, avrebbe comportato l’adozione di una sentenza di rito per l’inammissibilità del ricorso avendo ad oggetto un atto endoprocedimentale non immediatamente lesivo, mentre nel caso di compatibilità della normativa con il dettato costituzionale il Collegio avrebbe dovuto adottare una sentenza di merito. [↑](#footnote-ref-39)
39. La disposizione in parola si porrebbe in contrasto con gli artt. 3, comma 1, 24, commi 1 e 2, 103, comma 1, 111, commi 1 e 2 e 113, commi 1 e 2 Cost., poiché conferirebbe in via preventiva natura lesiva ad un atto tipicamente endoprocedimentale, la cui impugnazione *“è priva, per sua natura, di utilità concreta ed attuale per un partecipante che ancora ignora l’esito finale della procedura selettiva”.* [↑](#footnote-ref-40)
40. Corte Costitizionale n. 271 del 2019, Par. 1 del Considerato in diritto. [↑](#footnote-ref-41)
41. Corte Costitizionale n. 271 del 2019, Par. 2 del Considerato in diritto. [↑](#footnote-ref-42)
42. Interesse che è proprio e personale del concorrente, poiché la maggiore o minore estensione della platea incide sulla chance di aggiudicazione. [↑](#footnote-ref-43)
43. f.gatta, *La velocità nemica del diritto: la Corte Costituzionale salva fuori tempo il rito super accelerato*, in www.iusinitinere.it. [↑](#footnote-ref-44)
44. Invero anche sul momento in cui debba considerarsi iniziato il processo si è creato dibattito giurisprudenziale, conclusosi con l’individuazione del *dies a quo* del processo col momento in il ricorso viene notificato (v., *ex pluribus*, [T.A.R. Calabria, sez. stac. di Reggio Calabria, sez. I 13 maggio 2019, n. 324](http://www.giurdanella.it/wp-content/uploads/2019/05/Tar-Calabria-Reggio-Calabria-13-maggio-2019-n.-324.pdf); T.A.R. Sicilia, sez. staccata di Catania, Sez. IV 26 agosto 2019, n. 2050). [↑](#footnote-ref-45)
45. M. Lipari*, Il rito superspeciale in materia di ammissioni e di esclusioni (art. 120, co. 2-bis e 6-bis del cpa) va in soffitta. E, ora, quali conseguenze pratiche?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 20 giugno 2019. [↑](#footnote-ref-46)
46. S. Tranquilli, Quid iuris *dopo il commiato del rito “super-speciale” sulle impugnazioni delle ammissioni ed esclusioni dalle gare?*, in *Foro amm.*, 2019, 3, p. 363 e ss. [↑](#footnote-ref-47)
47. T.A.R. Lazio, sede di Roma, sez. II 8 novembre 2019, ord. n. 7258. [↑](#footnote-ref-48)
48. T.A.R. Puglia, sez. stacc. di Lecce, sez. II, 10 ottobre 2019, n. 1546 [↑](#footnote-ref-49)
49. T.A.R. Sicilia, sez. staccata di Catania, sez. IV 26 agosto 2019, n. 2050. [↑](#footnote-ref-50)
50. T.A.R. Puglia, sede di Bari, sez. I 18 novembre 2019, n. 1513. [↑](#footnote-ref-51)
51. T.A.R. Lazio, sede di Roma, sez. II-*quater*, 2 dicembre 2019, n. 13781, ad oggi non ancora oggetto di gravame. [↑](#footnote-ref-52)
52. T.A.R. Calabria, sede di Catanzaro, sez. II, 13 maggio 2019, sent. n. 324. [↑](#footnote-ref-53)
53. T.A.R. per la Toscana, sez. III, 30 ottobre 2019, n. 1469. [↑](#footnote-ref-54)