**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?**

**SOMMARIO** - 1. La soppressione del rito *superspeciale* di cui all’art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis* del CPA. - 2. Le ragioni della riforma e la scelta della decretazione d’urgenza. Un coro (quasi) unanime di entusiastica approvazione: un rafforzamento del diritto di difesa? - 3. Una soppressione davvero necessaria? - 4. Il regime transitorio. I processi iniziati dopo l’entrata in vigore della riforma. - 5. La sanatoria delle preclusioni maturate nel previgente regime processuale. - 6. I problemi aperti. La tutela degli interessi strumentali e la questione dei ricorsi incrociati reciprocamente escludenti. L’impugnazione della *propria* esclusione. - 7. Resta la mera *facoltà* di impugnazione immediata del provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni? La giurisprudenza della CGUE e la comunicazione del provvedimento. - 8. I ricorsi finalizzati alla corretta determinazione della platea dei concorrenti e la “*cristallizzazione*” delle medie: un caso di persistente onere di immediata impugnazione del provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni?

1. **La soppressione del rito *superspeciale* di cui all’art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis* del CPA.**

La legge di conversione del decreto legge “*sbloccacantieri*” (18 aprile 2019, n. 32) ha definitivamente confermato la soppressione integrale del rito *superspeciale* o *superaccelerato* di cui all’art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis* del CPA, avente per oggetto il provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni dei concorrenti[[1]](#footnote-1).

In particolare, nell’unico intervento del D.L. n. 32/2019 dedicato specificamente al processo amministrativo, si prevede, analiticamente, l’abrogazione di tutte le disposizioni riguardanti tale rito[[2]](#footnote-2).

Rispetto all’originaria versione del decreto legge, la norma derivante dalla legge di conversione contiene una lieve modifica, riguardante l’*ambito temporale* di applicazione della nuova disciplina, ora riferito ai soli processi iniziati dopo l’entrata in vigore della legge di conversione e non più dopo la data di entrata in vigore del decreto legge.

Questa piccola differenza sembra priva di rilievo concreto, poiché la stessa legge di conversione, con la consueta norma di *sanatoria*, contenuta nell’art. 1, comma 2, fa comunque salvi gli effetti prodotti *medio tempore* dal decreto legge[[3]](#footnote-3): sicché, in linea di fatto, la disciplina abrogatrice decorre dall’entrata in vigore del decreto legge, senza soluzione di continuità (ma vedi *infra*, alcune criticità ulteriori del regime transitorio).

A prima vista, la portata meramente eliminatoria dell’innovazione, caratterizzata dalla direzione totalmente “negativa” dell’intervento legislativo in esame, non dovrebbe comportare apprezzabili problemi applicativi. Si tratterebbe, semplicemente, di riportare le lancette dell’orologio all’indietro, ripristinando il quadro normativo vigente all’aprile 2016, prima dell’introduzione del rito *superspeciale*. Con riguardo al trattamento processuale dei ricorsi relativi alle ammissioni e alle esclusioni, quindi, l’interprete si troverebbe di fronte alla stessa situazione esistente tre anni fa.

Tuttavia, diversi aspetti della riforma meritano, comunque, una più accurata riflessione.

1. Quali sono le *ragioni* positive dell’intervento e le possibili controindicazioni?
2. Come opera il regime transitorio?
3. Quali sono le possibili conseguenze sistematiche dell’innovazione e le questioni aperte?
4. **Le ragioni della riforma e la scelta della decretazione d’urgenza. Un coro (quasi) unanime di entusiastica approvazione: un rafforzamento del diritto di difesa?**

Il rito *superspeciale* ha ottenuto un indice di gradimento molto basso, sin dai primissimi giorni della sua breve e infelice esistenza[[4]](#footnote-4).

L’accusa più diffusa, espressa da vasti settori dell’Avvocatura e della magistratura amministrativa, ha puntato l’indice sull’asserita lesione del diritto di difesa. Si dice che l’onere di impugnazione immediata delle ammissioni degli altri concorrenti, prima di sapere se essi diventeranno aggiudicatari, o, al contrario, eventuali ricorrenti da contrastare mediante il ricorso incidentale, rappresenta un costo notevole, scarsamente giustificato in assenza della comprovata lesione dell’interesse di cui è titolare l’operatore economico partecipante alla gara[[5]](#footnote-5).

Corrette o sbagliate che siano, le durissime critiche rivolte al rito superspeciale ne hanno minato in radice la stessa credibilità. Anche le stazioni appaltanti, quali possibili beneficiarie del rito, non hanno mai manifestato eccessivo entusiasmo verso la disciplina abrogata, che imponeva loro, comunque, pesanti obblighi di trasparenza.

In linea generale, allora, dovrebbe apprezzarsi ogni azione riformatrice del processo che assecondi gli auspici espressi dalla parte dominante dei protagonisti del settore.

Un processo *efficace*, del resto, imperniato su regole condivise e percepite come eque, costituisce una garanzia, indiretta, di rapidità e legalità delle procedure di gara.

In ogni caso, poi, vanno senz’altro incoraggiati tutti gli interventi legislativi orientati a *semplificare* il giudizio amministrativo, mediante la cospicua riduzione dello *stock* normativo esistente.

Diminuire il volume complessivo delle disposizioni vigenti e invertire la spinta centrifuga verso la proliferazione dei riti speciali costituiscono gli obiettivi prioritari che ogni serio legislatore dovrebbe perseguire.

1. **Una soppressione davvero necessaria?**

Il rito superspeciale, quindi esce di scena e finisce nella soffitta dei ricordi processuali, senza destare troppi rimpianti tra i giuristi. Il museo degli istituti processuali e sostanziali dalla vita effimera, nell’ambito degli appalti pubblici, diventa sempre più ampio e interessante: basterebbe pensare alle *raccomandazioni vincolanti* e alle linee guida non vincolanti.

Restano, però, alcune perplessità sulla reale necessità di questa repentina e totale eliminazione, attuata attraverso la concitata procedura della decretazione d’urgenza.

A tacere d’altro, l’importante modifica legislativa è stata disposta senza acquisire il parere (facoltativo) del Consiglio di Stato, che si era espresso due volte sul rito superspeciale, indicandone alcune criticità, pur non contestandone l’impostazione di fondo.

1. Un ennesimo cambiamento del processo in materia di appalti pubblici genera, comunque, incertezze e un senso di precarietà. L’*opzione zero*, diretta a non intervenire sull’assetto vigente (nemmeno con la tecnica *negativa* della mera abrogazione) è, quasi sempre, quella preferibile. A meno che non emergano esigenze davvero improcrastinabili di intervento immediato nel settore.
2. Dopo tre anni di vita, il rito *superspeciale* sembrava avere trovato, finalmente, una sua precisa collocazione sistematica e stabile, orientando i comportamenti delle imprese e delle stazioni appaltanti.
3. Il difetto più vistoso dell’originaria configurazione del rito, che comportava l’imposizione di un ricorso immediato “al buio”, senza possibilità di verificare il contenuto degli atti del procedimento, era stato decisamente superato dalla completa riscrittura del regime di pubblicità degli atti di gara stabilito dall’art. 29, co. 1, del Codice, operata dall’art. 19 del decreto correttivo (d.lgs. n. 56/2017)[[6]](#footnote-6), anche su suggerimento del parere della Commissione Speciale del Consiglio di Stato[[7]](#footnote-7).
4. L’intervento normativo in esame non risulta accompagnato da una seria e approfondita verifica di impatto della regolamentazione (VIR). Il legislatore non fornisce dati oggettivi (quantitativi e qualitativi) sul modo in cui il rito superspeciale ha concretamente funzionato. Non è chiaro in quali termini il rito abbia davvero leso i diritti della difesa, o, di contro, abbia fallito il programmato obiettivo di razionalizzazione e deflazione del contenzioso.
5. La relazione di accompagnamento al DL n. 32, per spiegare le ragioni della riforma, richiama alcune audizioni effettuate nell’autunno del 2018: si tratta di elementi sen’altro utili, ma, forse, ancora troppo generici e, inevitabilmente, già datati, alla luce dell’evoluzione della giurisprudenza nazionale ed europea.
6. L’argomento più forte, espresso dai nemici del rito *superspeciale*, incentrato sul contrasto con i principi eurounitari in tema di effettività del diritto di difesa, risulta puntualmente smentito dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea (ordinanza 14 febbraio 2019, della IV sezione della CGUE[[8]](#footnote-8)), che ne ha sancito la legittimità, sia pure condizionata ad una lettura “comunitariamente” orientata, in linea con gli approdi più recenti della giurisprudenza nazionale.

Secondo la pronuncia, il termine di trenta giorni previsto dall'art. 120, co. 2-bis, c.p.a. è pertanto compatibile con le “direttive ricorsi”, ma solo a condizione che gli atti siano comunicati e 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” (par. 32 dell'ordinanza)[[9]](#footnote-9).

La Corte ha richiamato la sua costante giurisprudenza secondo cui, l'efficacia del controllo giurisdizionale, garantito dall'art. 47 della Carta di Nizza, presuppone che “l'interessato possa conoscere la motivazione su cui si fonda la decisione adottata nei suoi confronti, vuoi in base alla lettura della decisione stessa vuoi a seguito di comunicazione della motivazione effettuata su sua richiesta, al fine di consentirgli di difendere i suoi diritti nelle migliori condizioni possibili e di decidere, con piena cognizione di causa, se gli sia utile adire il giudice competente, nonché per porre pienamente in grado quest'ultimo di esercitare il controllo sulla legittimità della decisione nazionale in questione” (par. 33 dell'ordinanza)[[10]](#footnote-10).

1. I residui dubbi di legittimità costituzionale del rito superspeciale, sollevati da altre decisione dei TAR[[11]](#footnote-11) devono essere ancora sciolti dalla Corte costituzionale, ma è poco probabile che possano trovare rapida soluzione. Molto verosimilmente, ora, la Corte restituirà gli atti al giudice “comune” per valutare la portata della disciplina abrogatrice. E non si può escludere che la Corte costituzionale si attesterà, alla fine, su posizioni analoghe a quella manifestata dalla CGUE.
2. La giurisprudenza amministrativa ha razionalmente circoscritto, in più direzioni, la portata applicativa del rito *superspeciale*[[12]](#footnote-12). In questo senso, si è consolidata la tesi più severa in ordine alla individuazione dei presupposti necessari per l’operatività del rito. Si è poi chiarito che la rinnovata valutazione dei requisiti soggettivi dell’aggiudicatario comporta, in sostanza, la riapertura dei termini per contestare la legittimità della sua ammissione[[13]](#footnote-13). Molto garantista, poi, è l’indirizzo riguardante la decorrenza del termine.
3. In linea di fatto, sono poco numerose le gare in cui si verifica una netta scansione temporale tra la fase di ammissione dei concorrenti e quella di valutazione delle offerte, imponendo l’immediata impugnazione del provvedimento conclusivo della prima fase. In tali circostanze, poi, assai spesso, risultano ammessi alla gara soltanto pochi operatori economici del settore, non di rado ben “conosciuti” dagli altri concorrenti, in grado di contestare prontamente la loro partecipazione.
4. Nella riforma non sembrano adeguatamente considerati i possibili effetti “*positivi*” del rito *superspeciale*, comunque idoneo ad accelerare la definizione di un contenzioso altrimenti defatigante, prima della complessa attività di verifica delle offerte. L’obiettivo di impedire la postuma caducazione integrale della gara, per effetto dell’accoglimento di ricorsi riguardanti i requisiti soggettivi dei concorrenti, non può essere del tutto trascurato.

Pur con queste numerose riserve, tuttavia, il legislatore ha compiuto una scelta pienamente consapevole e del tutto legittima, destinata a riscuotere l’unanime consenso dell’Avvocatura e l’apprezzamento, pressoché plebiscitario, della magistratura amministrativa.

1. **Il regime transitorio. I processi iniziati dopo l’entrata in vigore della riforma.**

Molto opportunamente, l’intervento legislativo si preoccupa di chiarire il regime transitorio e l’ambito temporale di operatività delle nuove regole.

In questo senso, all’art. 1, comma 23, del DL n. 32 si stabilisce che “*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.*”

La scelta compiuta, tuttavia, non è delle più felici, per diverse ragioni.

Infatti, la soluzione più logica e chiara sarebbe stata quella di collegare l’applicazione della nuova normativa abrogatrice alle sole controversie riguardanti le procedure bandite dopo l’entrata in vigore della riforma.

Questa semplice regola transitoria, del resto, era stata seguita all’atto dell’introduzione del rito speciale[[14]](#footnote-14): per ragioni di coerenza sistematica, la stessa previsione avrebbe dovuto adottarsi anche per fissare la dimensione cronologica della soppressione del rito.

L’opzione avrebbe determinato una nitida e inequivoca definizione dell’ambito temporale di operatività della norma e una piana giustificazione sistematica, correlata alla ipotizzata eliminazione del carattere autonomo della fase di ammissione dei concorrenti.

Si decide, invece, per il riferimento alla data di *inizio* del processo, quale discrimine temporale tra il vecchio e il nuovo regime. Potrebbe essere verosimile, allora, che l’intento del legislatore sia quello di “anticipare” il più possibile l’eliminazione del rito *superspeciale*, applicando il canone generale del *tempus regit actum*, ma anche quale rafforzamento dell’evidente disfavore verso questo tipo di processo.

La formula legislativa, non del tutto perspicua, deve intendersi riferita al momento dell’inizio del processo *in primo grado*. Inoltre, in assenza di una diversa indicazione, per considerare “iniziato” il processo, occorre considerare determinante la data di *notifica*, anziché quella di deposito del ricorso.

Probabilmente, una dizione più precisa in tal senso sarebbe stata preferibile, ancorché non vi siano dubbi ermeneutici al riguardo.

In questa direzione, la decisione TAR Calabria, Reggio Calabria, 13 maggio 2019, n. 803, ha evidenziato che, “*in virtù di un canone interpretativo ispirato a fondamentali esigenze di effettività della tutela giurisdizionale ma anche di ordine logico-sistematico*”, l’inizio del processo deve intendersi “*nell’ottica di chi agisce in giudizio ovvero di chi lo ha “iniziato”,* riferendo pertanto l’abrogazione ai procedimenti in cui il ricorso introduttivo sia stato notificato (e non depositato) dopo il 19 aprile 2019, data di entrata in vigore del decreto legge n. 32.

Il TAR ha aggiunto che “*da un punto di vista generale, in materia di appalti pubblici il momento della notifica del ricorso introduttivo, più che quello del suo deposito, risponde espressamente ad irrinunciabili esigenze di certezza sostanziale e speditezza procedimentale*” evidenziando che anche lo *stand still* “processuale”, (art. 32, comma 11, del d.lgs. n. 50/16) scatta dal momento della “*notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni*”.

Va segnalato, peraltro, l’interessante percorso argomentativo del TAR, che, in qualche misura, capovolge la prospettiva dominante degli interpreti: la persistente operatività del rito superspeciale è attentamente collegata alla protezione del diritto di difesa del ricorrente. Dunque, il rito di cui ai commi 2-*bis* e 6-*bis* non è necessariamente un attentato alla tutela giurisdizionale, ma può rappresentare una manifestazione del diritto difesa.

1. **La sanatoria delle preclusioni maturate nel previgente regime processuale.**

Il punto più critico della disciplina transitoria è però un altro.

Le norme abrogate riferite al rito *superspeciale* hanno un duplice contenuto:

1. Da una parte, regolano il processo, in senso stretto, prevedendo lo svolgimento in camera di consiglio, i termini interni del giudizio, gli adempimenti delle parti e dei giudici.
2. Dall’altra parte, le norme stabiliscono l’onere di immediata impugnazione del provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni e la conseguente *preclusione* del successivo ricorso, principale o incidentale, contro l’aggiudicazione, basato sulla carenza dei requisiti soggettivi di ammissione dei concorrenti.

Ora, nessun problema comporta la definizione dell’ambito temporale di applicazione delle regole strettamente processuali. L’unica sbavatura riguarda il disallineamento tra le norme in materia di pubblicità del provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni e il rito processuale, come sarà meglio specificato *infra*.

Al contrario, non è del tutto chiaro come incida la nuova disciplina sulla regola riguardante l’onere di immediata impugnazione dell’ammissione del concorrente.

Si consideri il caso in cui il provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni sia diventato inoppugnabile prima dell’entrata in vigore della nuova disciplina soppressiva del rito *superspeciale*. Il soggetto interessato potrebbe proporre ricorso direttamente contro l’aggiudicazione, intervenuta dopo l’entrata in vigore della nuova disciplina? Oppure, al contrario, resta ormai consolidata la *preclusione* processuale, interamente consumata prima dell’introduzione della nuova normativa eliminatoria?

La risposta preferibile dovrebbe essere nel senso che, in tale evenienza, il ricorso proposto dall’interessato è ammissibile, 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.

La legge, quindi, determina una sorta di sanatoria della preclusione verificatasi nel vigore del precedente assetto normativo.

Ma la casistica potrebbe risultare più complessa e varia. Senza pretesa di completezza, si potrebbe citare l’esempio di chi abbia visto *respinto*, definitivamente, il proprio ricorso proposto contro l’ammissione del concorrente poi divenuto aggiudicatario. In tale evenienza, è pacifico che l’interessato non possa riproporre le stesse censure contro l’aggiudicazione, con un ricorso proposto dopo l’entrata in vigore della nuova disciplina. Ma tale soggetto potrebbe articolare un nuovo ricorso contro l’aggiudicazione, facendo valere vizi diversi da quelli sottoposti al TAR nel primo giudizio, ma sempre riguardanti l’ammissione del concorrente?

E come andrebbe considerato il caso del ricorso proposto, prima della soppressione del rito *superspeciale*, contro il provvedimento di ammissione dichiarato irricevibile, improcedibile o inammissibile? Anche in questo caso resta ferma la preclusione di cui al comma 2-*bis*?

Se l’intento del legislatore è quello di favorire la più radicale e veloce espunzione del rito *superspeciale* dall’ordinamento, è assai probabile che prevarrà la tesi più garantista del diritto di difesa, volta a ritenere ammissibili i ricorsi formulati contro le aggiudicazioni intervenute dopo l’entrata in vigore della nuova legge, ampliando le ipotesi di sanatoria delle intervenute preclusioni.

Resta però forte il sospetto che il regime transitorio previsto, sganciato dalla corrispondente normativa sostanziale, sia poco razionale e fonte di ulteriori incertezze.

1. **I problemi aperti. La tutela degli interessi strumentali e la questione dei ricorsi incrociati reciprocamente escludenti. L’impugnazione della *propria* esclusione.**

L’azzeramento del rito *superspeciale* intenderebbe ripristinare, in linea di massima, il contesto sistematico del 2016, nella prospettiva “unilaterale”, di salvaguardare, più intensamente, il diritto di difesa delle parti interessate.

In tal modo, quindi, si tenta di risolvere soltanto il problema del riscontrato *deficit* di protezione dell’operatore economico che intende contestare la legittimità dell’aggiudicazione.

Se questo obiettivo sembra effettivamente conseguito, restano aperti, però alcuni problemi, correlati al contesto sistematico in cui si inserisce il “vuoto normativo” causato dalla soppressione del rito *superspeciale*.

Anzitutto, la questione della piena e rapida tutela degli interessi strumentali al corretto svolgimento della procedura di gara è tutt’altro che vicina alla soluzione.

Il rito *superspeciale* aveva tentato di definire, in radice, molte delle criticità derivanti dall’annosa questione dei ricorsi incrociati reciprocamente escludenti, destinati a porre nel nulla complesse procedure contrattuali, con gravi danni per l’economia e gli interessi pubblici.

Si trattava di una risposta efficace alle incertezze determinate dalle pronunce della CGUE *Puligienica* e *Fastweb*. Non è un caso che, considerando l’esperienza della giurisprudenza amministrativa nell’ultimo triennio, il tema del rapporto tra i ricorsi incrociati sia stato fortemente ridimensionato.

Ora, il problema del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, in attesa di una nuova decisione della Corte, dopo il rinvio disposto dall’Adunanza Plenaria, è destinato improvvisamente a riaccendersi: il nuovo intervento legislativo non si preoccupa in alcun modo di individuare soluzioni alternative, lasciando tale arduo compito al giudice nazionale e alla Corte di Giustizia.

Altri rilievi critici devono essere svolti con riguardo al trattamento processuale del ricorso proposto dall’operatore economico per l’impugnazione della “propria” esclusione. Va ricordato che il rito superspeciale aveva attratto nel proprio ambito anche il ricorso con cui il concorrente intende contestare la propria esclusione.

Ora, in base ai principi generali, già consolidati prima dell’entrata in vigore del rito superaccelerato, è sicuro che tale atto debba essere impugnato *immediatamente*, senza attendere l’aggiudicazione dell’appalto.

Tuttavia, abrogato il rito di cui al comma 2-*bis*, non è più praticabile la velocissima corsia che, molto opportunamente, permetteva di chiudere rapidamente la questione. Vero è che anche il rito “normale” di cui all’art. 120 è molto celere. Ma va notato che, con la disposta abrogazione, si determina un certo rallentamento del giudizio sulle esclusioni che avrebbe richiesto una pronta definizione.

Questa “distrazione” del legislatore è accentuata dal fatto che, come si è detto, risulta puntigliosamente riscritta la disciplina delle comunicazioni e della pubblicità del provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni.

La conseguenza più vistosa della modifica è rappresentata dall’allungamento del termine per la comunicazione della esclusione, portato da due a cinque giorni.

È vero che si tratta di un termine massimo, la cui inosservanza non comporta sanzioni, ma incide solo sulla decorrenza del termine del ricorso. Tuttavia, va sottolineato che, in tal modo, il rischio di un rallentamento della procedura di gara è molto forte, in evidente contrasto con la logica dello *sbloccacantieri*.

1. **Resta la mera *facoltà* di impugnazione immediata del provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni? La giurisprudenza della CGUE e la comunicazione del provvedimento.**

Ma va sviluppata un’ulteriore considerazione.

La previsione della comunicazione e pubblicazione del provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni (ora ricollocata dal DL nell’art. 76), seppure non è più collegata espressamente alla decorrenza del termine di proposizione del ricorso, appare tuttora finalizzata a consentire all’operatore interessato di esercitare il proprio diritto di difesa in giudizio.

Del resto, la CGUE ha ripetutamente affermato il principio secondo cui contrastano con il diritto UE le disposizioni nazionali le quali impediscono di proporre immediatamente il ricorso contro atti che possono minacciare il diritto dell’interessato di conseguire l’appalto.

Non sembrerebbe vietata, allora, benché non imposta, l’impugnazione immediata dell’atto di ammissione di un concorrente, per carenza dei requisiti soggettivi.

Insomma, la lettura coordinata dell’art. 29, co. 1, e dell’art. 76, co. 2-bis, del Codice, nonché dell’art. 120, co. 5, c.p.a., alla luce delle indicazioni della giurisprudenza della CGUE, potrebbe ingenerare negli operatori del settore l’incertezza circa la facoltà, se non la doverosità dell’impugnazione delle altrui ammissioni a decorrere dalla comunicazione individuale[[15]](#footnote-15).

Va aggiunto che l’abrogazione delle norme sul rito *superspeciale* ha determinato la soppressione della previsione, contenuta nell’ultimo periodo del comma 2-*bis*) riguardante l’inammissibilità dei ricorsi avverso i provvedimenti, inseriti nella serie procedimentale, non immediatamente lesivi (“*È altresì inammissibile l’impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività*”).

Il rilievo della soppressa previsione, secondo qualche commentatore di carattere tautologico, poteva apparire modesto. Tuttavia, la regola esprimeva un importante principio sistematico, spesso valorizzato per impedire ogni possibile apertura giurisprudenziale verso l’ampliamento dei casi di onere di immediata impugnazione del bando di gara, della nomina della commissione, o di altre determinazioni riferite alle modalità di svolgimento della selezione.

La soppressione di questo tassello della normativa, probabilmente non meditata in modo attento, potrebbe comportare qualche importante conseguenza sistematica: proprio nella prospettiva della CGUE, resterebbe in ogni caso ferma la facoltà (ma non l’onere) di impugnare gli atti intermedi della procedura.

1. **I ricorsi finalizzati alla corretta determinazione della platea dei concorrenti e la “*cristallizzazione*” delle medie: un caso di persistente onere di immediata impugnazione del provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni?**

Un’ultima questione riguarda il tema dell’impugnazione del provvedimento recante le ammissioni ed esclusioni, finalizzata alla corretta determinazione delle medie, rilevanti per il calcolo della soglia di anomalia.

Secondo l’art. 95, comma 15, che riproduce la previsione del l’art. 38, co. 2-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, introdotto nel 2014, “*Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte*.”

La norma mira a scongiurare impugnative strumentali, tendenti a sovvertire il calcolo delle medie o la determinazione della soglia dell'anomalia, ad aggiudicazione ormai avvenuta, sulla base di una platea di concorrenti ormai cristallizzatasi per effetto di ammissioni o esclusioni risultate definitive.

La regola, ritenuta coerente espressione del principio di conservazione degli atti giuridici, ha subito un ragionevole contemperamento, proprio a seguito dell’introduzione dell’onere di immediata impugnazione delle ammissioni e delle esclusioni. In questo senso, la dottrina e la giurisprudenza avevano esattamente precisato che l’autonomia della fase di ammissione e esclusione e la previsione di un apposito rito superspeciale impediscono l’immediata “cristallizzazione delle medie[[16]](#footnote-16)”, giacché l’accoglimento dell’impugnazione delle ammissioni “non può non retroagire”, e che, diversamente opinando, “la stabilizzazione della soglia sarebbe "sterilizzata" da ogni eventuale illegittimità di una ammissione o esclusione tempestivamente contestata[[17]](#footnote-17)”.

L’art. 1, co. 1, lett. s) del decreto n. 32, con una disposizione poi espunta dalla legge di conversione, aveva modificato l’art. 95, co. 15, del Codice, specificando che deve considerarsi irrilevante ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, “successivamente alla fase amministrativa di prima ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte”.

La specificazione dell’inciso “*fase amministrativa di prima ammissione*” poteva indurre a ritenere che il legislatore avesse voluto sgombrare il campo da ogni dubbio circa la possibile contestazione delle medie e della soglia di anomalia successivamente all’aggiudicazione.

Probabilmente, alla base di tale modesta modifica si poneva l’intento di definire meglio il carattere asseritamente endoprocedimentale della fase di verifica delle offerte.

Ora, la legge di conversione abbandona questa opzione.

Se il rito superaccelerato costituiva l’unico strumento per coniugare il diritto di difesa con le esigenze di certezza e rapidità sottese alla norma, ora, dopo l’abrogazione, il problema interpretativo si prospetta in tutta la sua gravità.

L’ipotesi più ragionevole è che resti tuttora ferma l’impostazione seguita dalla giurisprudenza.

La parte interessata alla corretta formulazione delle medie ha l’onere di impugnare immediatamente il provvedimento che determina le ammissioni e le esclusioni, senza attendere l’intervenuta aggiudicazione.

In mancanza, la definizione delle medie resta del tutto cristallizzata.

Sullo sfondo della questione, però, si pone il problema più generale della opportunità di stabilire criteri sicuri di fissazione convenzionale della soglia di anomalia, riducendo, però, i casi di automatismo dell’obbligo di verifica o di presunzioni assolute di non anomalia.

Un’ultima considerazione di insieme si impone.

Nel codice continua ad essere disciplinata in modo incompleto e confuso la sequenza procedimentale che conduce alla valutazione dei requisiti di partecipazione.

Pur essendo condivisa l’opinione secondo cui la verifica dei requisiti è momento centrale della procedura e fonte di ampio contenzioso, la normativa riguardante i requisiti generali è ancora pasticciata e poco chiara.

Nel contesto attuale, poi, sembra ancora presente la configurazione della determinazione elle ammissioni come “*provvedimento*” autonomo.

La scelta di sopprimere il rito superspeciale, per risultare più lineare e convincente, avrebbe dovuto superare tale dizione.

Marco Lipari

Presidente di sezione del Consiglio di Stato

pubblicato il 20 giugno 2019

1. Legge 14 giugno 2019, n. 55 (in G.U. n. 140 del 17 giugno 2019; in vigore dal 18 giugno 2019) – *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, recante disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l’accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici.* [↑](#footnote-ref-1)
2. L’art. 1, commi 22 e 23 del decreto legge, nella versione derivante dalla legge di conversione, prevede la seguente disciplina:

   *“22. All’articolo 120 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, sono apportate le seguenti modificazioni:*

   *a) i commi 2-bis e 6-bis sono abrogati;*

   *b) al comma 5, primo periodo, le parole: “Salvo quanto previsto al comma 6-bis, per l’impugnazione” sono sostituite dalle seguenti: “Per l’impugnazione”;*

   *c) al comma 7, primo periodo, le parole: “Ad eccezione dei casi previsti al comma 2-bis, i nuovi” sono sostituite dalle seguenti: “I nuovi”;*

   *d) al comma 9, le parole: “Nei casi previsti al comma 6-bis, il tribunale amministrativo regionale deposita la sentenza entro sette giorni dall’udienza, pubblica o in camera di consiglio, di discussione; le parti possono chiedere l’anticipata pubblicazione del dispositivo, che avviene entro due giorni dall’udienza” sono soppresse;*

   *e) al comma 11, primo periodo, le parole: “Le disposizioni dei commi 2-bis, 3, 6, 6-bis, 8, 8-bis, 8-ter, 9, secondo periodo e 10” sono sostituite dalle seguenti: “Le disposizioni dei commi 3, 6, 8, 8-bis, 8-ter, 9 e 10”.*

   *23. 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.”*

   La disciplina innovativa è completata dalla previsione dell’art. 1, comma 20, lettera *d),*il quale prevedeche all’articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici, “*il secondo, il terzo e il quarto pe-riodo sono soppressi*”.

   I commi eliminati riguardano il complesso meccanismo di pubblicità necessario per la decorrenza del termine di proposizione del ricorso, come delineato dal decreto correttivo.

   Al tempo stesso, però, il D.L. 32/2019, all’articolo, 1, comma 20, lettera n) prevede che, all’articolo 76, dopo il comma 2 è inserito il seguente: “2-bis. Nei termini stabiliti al comma 5 è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all’articolo 5-*bis* del codice dell’amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, o strumento analogo negli altri Stati membri, del provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all’esito della verifica della documentazione attestante l’assenza dei motivi di esclusione di cui all’articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali, indicando l’ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti”. [↑](#footnote-ref-2)
3. “*Restano validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dell’articolo 1 del medesimo decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32*”. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sia consentito rinviare a M. Lipari, *La tutela giurisdizionale e “preconteziosa” nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*, 2016. Nel testo si esprimono le riserve sulla utilità della previsione normativa.

   Per un attento inquadramento della disciplina del rito superspeciale si vedano anche: M. A. Sandulli, S. Tranquilli, *Art. 204*, in *Codice dei contratti pubblici - Commentario di dottrina e giurisprudenza*, a cura di G. M. Esposito, UTET, 2017, 2365L. 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 *Dir. proc. amm*., 2017, 2. [↑](#footnote-ref-4)
5. G. Di Pardo, *Il decreto sblocca-cantieri intona il de profundis per il rito speciale ex art. 120 co. 2 bis del codice del processo amministrativo, in www.lexitalia.it, 2019, 4.* [↑](#footnote-ref-5)
6. S. Tranquilli, *Correzioni al regime di trasparenza degli atti di gara e ripercussioni sul rito “super-speciale” sulle ammissioni e esclusioni dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Il correttivo al Codice dei contratti pubblici: guida alle modifiche*, a cura di M.A. Sandulli, M. Lipari, F. Cardarelli, Milano Giuffré, 2017, 54. [↑](#footnote-ref-6)
7. M.A. Sandulli, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, 29 luglio 2016, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Id., *Bussola – Rito speciale sui contratti pubblici*, cit.; Id., *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa: il confronto*, in *www.giustizia-amministrativa.it,* 10 febbraio 2017, anche in *www.federalismi.it.*; Id,, N*uovi ostacoli alla tutela contro la pubblica amministrazione (legge di stabilità 2016 e legge delega sul recepimento delle Direttive contratti)*, in [*www.federalismi.it*](http://www.federalismi.it); [↑](#footnote-ref-7)
8. La questione era stata sollevata con sentenza non definitiva dal Tar per il Piemonte, Sez. I, 13 novembre 2017, n. 1129. [↑](#footnote-ref-8)
9. La Corte ricorda che, in base all'art. 2-quater della direttiva 89/665/CE, gli Stati membri devono garantire un termine per ricorrere di almeno dieci/quindici giorni (a seconda della modalità di comunicazione del provvedimento), decorrente dalla comunicazione del provvedimento, accompagnata dalla “relazione sintetica dei motivi pertinenti”. “L'obiettivo di celerità” nella definizione delle procedure di ricorso perseguito dalle “direttive ricorsi” deve essere realizzato dal legislatore interno “nel rispetto delle esigenze di certezza del diritto”, sicché gli Stati membri hanno “l'obbligo di istituire un sistema di termini di decadenza sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile onde consentire ai singoli di conoscere i loro diritti ed obblighi” (par. 29 dell'ordinanza). [↑](#footnote-ref-9)
10. La CGUE ha pertanto affermato il seguente principio: *“(…) la direttiva 89/665, e in particolare i suoi articoli 1 e 2 quater, letti alla luce dell' articolo 47 della Carta, deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede che, in mancanza di ricorso contro i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione degli offerenti alla partecipazione alle procedure di appalto pubblico entro un termine di decadenza di 30 giorni dalla loro comunicazione, agli interessati sia preclusa la facoltà di eccepire l'illegittimità di tali provvedimenti nell'ambito di ricorsi diretti contro gli atti successivi, in particolare avverso le decisioni di aggiudicazione, purché tale decadenza sia opponibile ai suddetti interessati solo a condizione che essi siano venuti o potessero venire a conoscenza, tramite detta comunicazione, dell'illegittimità dagli stessi lamentata*”.

    Con riferimento al secondo quesito, la CGUE ha richiamato la propria giurisprudenza in cui ha ripetutamente affermato che 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”.* L'ordinanza ha tuttavia sottolineato che il suddetto principio, sancito in astratto, non esclude - una volta applicato in concreto - che un termine di decadenza per contestare gli atti di gara “*possa pregiudicare i diritti conferiti ai singoli dal diritto dell'Unione, segnatamente il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, sancito dall'articolo 47 della Carta*”.

    La Corte, pertanto, ha rimesso al giudice *a quo* la verifica se (*a*) nelle circostanze di cui al procedimento principale, il ricorrente fosse effettivamente venuto (o sarebbe potuto venire) a conoscenza, grazie alla comunicazione ai sensi dell'art. 29 del Codice da parte della stazione appaltante, sia delle ammissioni e dei relativi motivi di illegittimità, e, dunque, sia stato posto “*effettivamente in condizione di proporre un ricorso entro il termine di decadenza di 30 giorni di cui all'articolo 120, comma 2-bis, c.p.a.”*; (*b*) gli artt. 29 e 53, co. 2 e 3, del Codice impediscano alla ricorrente di “*venire effettivamente a conoscenza dell'illegittimità del provvedimento di ammissione del raggruppamento di imprese aggiudicatario dalla stessa lamentata e di proporre un ricorso, a decorrere dal momento in cui la medesima ne ha avuto conoscenza, entro il termine di decadenza di cui all'articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo*” (parr. 46 e 47 dell'ordinanza). [↑](#footnote-ref-10)
11. T.a.r. per la Puglia - Bari, Sez. III, ordinanza 20 giugno 2018, n. 903. Secondo il TAR, è rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 120, comma 2 bis, primo e secondo periodo cod. proc. amm. (comma aggiunto dall’art. 204, comma 1, lettera b) d.lgs n. 50/2016), limitatamente all’onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione, per contrasto con gli artt. 3, comma 1, 24, commi 1 e 2, 103, comma 1, 111, commi 1 e 2, 113, commi 1 e 2 e 117, comma 1 della Costituzione e 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, recepita con legge 4 agosto 1955, n. 848, nella parte in cui onera l’impresa partecipante alla gara ad impugnare immediatamente le ammissioni delle altre imprese partecipanti alla stessa gara, pena altrimenti l’incorrere nella preclusione di cui al secondo periodo della disposizione (“L’omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l’illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale”). [↑](#footnote-ref-11)
12. Per questi aspetti si rinvia a Lipari M., *Il rito super accelerato previsto dall’art. 120, commi 2-bis e 6-bis del codice del processo amministrativo. La fase di verifica dei requisiti, la problematica trasparenza degli atti di gara e la decorrenza del termine di impugnazione: un ricorso al buio?*, in Giustizia-amministrativa.it [↑](#footnote-ref-12)
13. Particolarmente rilevante è l’indirizzo riguardante la determinazione dei presupposti per la proposizione del ricorso: S. Tranquilli, *L'individuazione del dies a quo per impugnare le ammissioni e le esclusioni dalle gare*, in *Federalismi.it*, 2018, 5 [↑](#footnote-ref-13)
14. Il codice dei contratti pubblici non aveva previsto una specifica disciplina transitoria per le nuove regole processuali. Per cui trovava applicazione la previsione generale di cui all’art. 216, comma 1: “*Fatto salvo quanto previsto nel presente articolo ovvero nelle singole disposizioni di cui al presente codice, lo stesso si applica alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte.*”

    Lo stesso principio era stato applicato, poi, in occasione del decreto correttivo. Questo non aveva toccato direttamente l’art. 120, ma le disposizioni relative al regime di pubblicità del provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni, incidenti sulla decorrenza del termine di impugnazione. Non va trascurato, peraltro, che, secondo la giurisprudenza, le innovazioni recate dal decreto correttivo vanno considerate come una sorta di interpretazione autentica della previgente disciplina. [↑](#footnote-ref-14)
15. Perplessità evidenziate anche dal documento dell’ANAC, *Prime valutazioni di impatto sul sistema degli appalti pubblici, 16 maggio 2019, in l’amministrativista.it.* [↑](#footnote-ref-15)
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*, 2019, 69, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). [↑](#footnote-ref-16)
17. Cons. St., sez. III, 27 aprile 2018, n. 2579. [↑](#footnote-ref-17)