

## La soppressione dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. (onere di immediata impugnazione delle ammissioni degli altri *competitors* nel processo-appalti, c.d. rito superaccelerato): un'occasione per la riespansione dell'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale

Enrico Lubrano

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La nascita del rito superaccelerato e l'immediata reazione critica da parte di dottrina e giurisprudenza. – 2.1. L'introduzione, nel Processo-Appalti, dell'onere di immediata impugnazione delle ammissioni degli altri *competitors*: l'art. 204 del D.Lgs. n. 50/2016 ed il nuovo comma 2 *bis* dell'art. 120 C.P.A. – 2.2. I profili di criticità della nuova normativa rispetto ai principi di effettività della tutela giurisdizionale. – 3. La «travagliata» esistenza del rito superaccelerato. – 3.1. La rimessione del rito superaccelerato innanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (ordinanza del TAR Piemonte n. 88/2018). – 3.2. La rimessione del rito superaccelerato innanzi alla Corte Costituzionale (ordinanze del TAR Puglia nn. 903/2018 e 1097/2018). – 3.3. L'«assoluzione» (condizionata) del rito superaccelerato da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Quarta Sezione, ordinanza 14 febbraio 2019). – 3.4. Le conseguenze della decisione della Corte di Giustizia sul caso *a quo* (sentenza del TAR Piemonte n. 621/2019) e sull'assetto generale del Processo-Appalti. – 4. L'espunzione del rito superaccelerato da parte del legislatore (decreto-legge n. 32/2019, convertito in legge n. 55/2019). – 4.1. Le ragioni della scelta del Legislatore. – 4.2. La decorrenza della relativa abrogazione: il regime transitorio. – 4.3. La perdurante pendenza della questione di legittimità costituzionale: la potenziale efficacia *ex tunc* dell'eventuale declaratoria di incostituzionalità (con eccezione dei c.d. rapporti esauriti). – 4.4. L'«assoluzione» del rito superaccelerato da parte della Corte Costituzionale, con sentenza 18 dicembre 2019, n. 271. – 5. L'impatto positivo della avvenuta soppressione del rito superaccelerato sul processo appalti. – 5.1. I dati risultanti dagli Studi compiuti dagli Uffici del Consiglio di Stato sul rapporto tra Giustizia Amministrativa ed Economia e tra Giustizia Amministrativa ed Appalti. – 5.2. L'impatto negativo del rito superaccelerato sul sistema dei Contratti Pubblici e le conseguenze positive della sua soppressione. – 6. Conclusioni.

## 1. *Introduzione*

Il presente contributo ha ad oggetto l'analisi di nascita (inaspettata), applicazione (travagliata) e soppressione (d'urgenza) del tanto discusso l'art. 120, comma 2 *bis*, C.P.A., nonché l'analisi critica di tale istituto, nella sua breve esistenza, e del relativo impatto sul Processo-Appalti e sugli Appalti più in generale.

Come è noto, l'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., ha introdotto l'onere di immediata impugnazione delle ammissioni degli altri *competitors* nelle procedure ad evidenza pubblica e la correlativa preclusione a proporre censure relative alla carenza dei requisiti degli stessi in sede di successiva impugnazione dell'aggiudicazione.

Il tema di fondo, che ha determinato tante critiche nei confronti di tale normativa, è che essa ha introdotto un onere di immediata impugnazione di un atto (ammissione degli altri *competitors* alla procedura di gara) del tutto privo di capacità lesiva concreta ed immediata e che, quindi – secondo la disciplina generale (che impone, invece, la sussistenza di un interesse ad agire attuale e concreto, come previsto dall'art. 100 c.p.c.) – avrebbe dovuto essere considerato come atto endoprocedimentale e non impugnabile.

L'istituto in questione, sin dalla propria nascita, è stato oggetto di aspre critiche – da parte della quasi unanimità degli operatori, nonché della dottrina e della giurisprudenza – che ne hanno determinato una esistenza travagliata, con rimessione sia alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sia alla Corte Costituzionale, conclusasi con la espunzione d'urgenza, ad opera del Legislatore.

Per valutare l'impatto della avvenuta soppressione del rito superaccelerato sul nuovo Processo Appalti e sul sistema degli Appalti in generale, è, quindi, opportuno ricapitolare prima il percorso dalla sua previsione (Legge 28 gennaio 2016, n. 11) alla sua soppressione (Decreto-Legge 18 aprile 2019, n. 32).

## 2. *La nascita del rito superaccelerato e l'immediata reazione critica da parte di dottrina e giurisprudenza*

Il rito superaccelerato è nato quasi a sorpresa, con la Legge Delega 28 gennaio 2016, n. 11: successivamente – a seguito di valutazione favorevole del Consiglio di Stato (parere della Commissione Speciale 1° aprile 2016, n. 885) – è stato inserito nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici, con l'art. 204 del D.Lgs. 19 aprile 2016, n. 50 (poi trasposto nell'art. 120, comma 2 *bis*, del Codice del Processo Amministrativo).

2.1. *L'introduzione, nel Processo-Appalti, dell'onere di immediata impugnazione delle ammissioni degli altri competitors: l'art. 204 del D.Lgs. n. 50/2016 ed il nuovo comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a.*

L'onere di immediata impugnazione delle ammissioni degli altri *competitors* è sorto in occasione dell'esigenza di riformare il Codice dei Contratti Pubblici, determinata dal necessario recepimento delle Direttive Europee nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE, che, però, non prevedevano affatto – non solo direttamente (nella disciplina precettiva), ma neanche indirettamente (nei vari considerando) – né l'obbligo, né la facoltà per gli Stati membri di introdurre tale disciplina.

Il Legislatore, di fatto, ha approfittato della situazione di urgenza (ormai imminente scadenza, alla data del 19 aprile 2016, del termine biennale di recepimento delle richiamate Direttive) – determinata dalla sua stessa inerzia (non avendo ancora lo stesso, dopo ben 19 mesi dall'emanazione delle richiamate Direttive, ancora proceduto neanche all'emanazione della relativa legge di delega, che avrebbe dovuto contenere i semplici criteri generali, da recepire poi nel successivo Codice dei Contratti Pubblici, mediante decreto legislativo) – per inserire, a sorpresa, all'interno dei criteri contenuti nella legge di delega 28 gennaio 2016, n. 11<sup>1</sup>, l'onere di immediata impugnazione delle ammissioni degli altri *competitors* (art. 1, comma 1, lett. bbb)<sup>2</sup>.

Tale previsione, pur essendo oggetto di immediata critica da parte della più autorevole dottrina (come sarà oltre analizzato), ha superato (sorprendentemente) il vaglio del controllo del Consiglio di Stato – che si è espresso favorevolmente (parere della Commissione speciale 1° aprile 2016, n. 885) sull'istituto in generale<sup>3</sup>, salvo indicazioni relative a profili di ordine limitato<sup>4</sup> – ed è stata inserita

<sup>1</sup> Con la Legge 28 gennaio 2016, n. 11 il Parlamento ha delegato al Governo l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

<sup>2</sup> La delega è mossa dal presupposto dichiarato che, in primo luogo, la procedura di affidamento sia costituita da un'articolazione bifasica (nella quale la fase dell'ammissione e dell'esclusione, all'esito dell'accertamento dei requisiti di partecipazione, sia anteriore alla fase della valutazione delle offerte) e che, in secondo luogo, sussista tra le due fasi una distanza temporale tale da consentire un'immediata risoluzione del contenzioso sulla fase delle ammissioni e delle esclusioni prima di pervenire all'aggiudicazione.

<sup>3</sup> Cfr. Cons. Stato, comm. spec., parere 1° aprile 2016, n. 855, laddove esso afferma che «la legge delega coglie il recepimento delle tre direttive come occasione e sfida per un ripensamento complessivo del sistema degli appalti pubblici in Italia, in una nuova filosofia che coniuga flessibilità e rigore, semplificazione ed efficienza con la salvaguardia di insopprimibili valori sociali e ambientali. Si tratta di una sfida storica affidata a un delicato equilibrio in cui è assolutamente indispensabile tenere insieme 'il combinato disposto' degli istituti e strumenti previsti, di cui ciascuno non può essere disgiunto da altri, pena il fallimento degli obiettivi perseguiti».

<sup>4</sup> In particolare, nel richiamato parere, il Consiglio di Stato aveva evidenziato la opportunità quantomeno di disporre la riduzione del contributo unificato per i ricorsi avverso le aggiudicazioni (successivi ai ricorsi avverso le ammissioni). Tale importante indicazione non è stata, però, affatto presa in considerazione dal Legislatore.

nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici, introdotto con l'art. 204 del D.Lgs. n. 50/2016 (poi trasposto nell'art. 120, comma 2 *bis*, del c.p.a.)<sup>5</sup>.

Il Codice del Processo Amministrativo ha poi previsto – per tali giudizi avverso le ammissioni degli altri *competitors* – un rito c.d. superaccelerato (art. 120, comma 6 *bis*), finalizzato a chiudere il contenzioso sui requisiti in termini estremamente ristretti, al fine di definire le questioni relative alla sussistenza o meno dei requisiti dei vari *competitors* prima dell'aggiudicazione<sup>6</sup>.

## 2.2. *I profili di criticità della nuova normativa rispetto ai principi di effettività della tutela giurisdizionale*

La nuova normativa è stata subito oggetto di pesanti critiche da parte della più autorevole dottrina, che ne ha rilevato la potenziale incompatibilità con i

<sup>5</sup> L'art. 204 del D.Lgs. 50/2016 ha aggiunto all'art. 120, comma 2, del D.Lgs. 104/2014, un comma 2 *bis*, nel quale ha stabilito testualmente quanto segue: «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'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. È altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività». Si trattava, in sostanza, di un'azione anticipata volta a pervenire in maniera immediata al vaglio giurisdizionale sul perimetro della platea dei concorrenti in contrapposizione al previgente Codice che disponeva l'impugnazione postuma (in tale senso cfr. G. Severini, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici (l'art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 3 giugno 2016, 2). La finalità dichiarata dalla norma era quella della cristallizzazione definitiva della platea dei concorrenti prima del provvedimento di aggiudicazione, mediante la preclusione del contenzioso successivo all'aggiudicazione avente ad oggetto la fase delle ammissioni alla gara e delle esclusioni da quest'ultima. In tale senso, si era espresso il Cons. Stato, comm. spec., parere 1° aprile 2016, n. 855, sub IV "esame dei singoli articoli", nel quale, all'art. 204, aveva indicato che «la *ratio* del nuovo rito» è «volto a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione».

<sup>6</sup> Per quanto più specificatamente attinente allo svolgimento del nuovo rito, lo stesso è stato disciplinato dall'art. 204, comma 1, lett. d) del D.Lgs. 50/2016, che ha aggiunto, all'art. 120 del D.Lgs. 104/2010, il comma 6 *bis*, che prevedeva testualmente quanto segue: «nei casi previsti al comma 2-bis, il giudizio è definito in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Su richiesta delle parti il ricorso è definito, negli stessi termini, in udienza pubblica. Il decreto di fissazione dell'udienza è comunicato alle parti quindici giorni prima dell'udienza. Le parti possono produrre documenti fino a dieci giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a sei giorni liberi prima e presentare repliche ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista della camera di consiglio, fino a tre giorni liberi prima. La camera di consiglio o l'udienza possono essere rinviate solo in caso di esigenze istruttorie, per integrare il contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale. L'ordinanza istruttoria fissa per il deposito di documenti un termine non superiore a tre giorni decorrenti dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della stessa. La nuova camera di consiglio deve essere fissata non oltre quindici giorni. Non può essere disposta la cancellazione della causa dal ruolo. L'appello deve essere proposto entro trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della sentenza e non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla sua pubblicazione».

superiori principi costituzionali ed europei (diritto alla tutela giurisdizionale, nei suoi corollari di effettività e di pienezza, diritto ad una buona amministrazione, diritto al lavoro, diritto di impresa, tutela della concorrenza, ragionevolezza, proporzionalità, ecc.)<sup>7</sup>).

La critica fondamentale rivolta a tale istituto era costituita dalla constatazione che lo stesso determinava una limitazione irragionevole, sproporzionata ed ingiustificata, all'effettività della tutela giurisdizionale in materia di procedure ad evidenza pubblica.

In sostanza, la dottrina ha correttamente evidenziato come l'assenza di un interesse effettivo a contestare subito l'ammissione degli altri *competitors* in una procedura di gara (non potendosi sapere, a tale momento, se il concorrente ammesso sarebbe stato poi aggiudicatario o meno) avrebbe determinato la mancata proposizione della relativa azione (anche in considerazione dei costi notevoli del contributo unificato), che si sarebbe poi prodotta nella conseguente inammissibilità della proposizione di censure avverso la carenza dei requisiti dell'aggiudicatario dopo la relativa aggiudicazione.

---

<sup>7</sup> In tale senso, si è espressa M.A. Sandulli, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2016, 15. Nello stesso senso: R. Caponigro, *Il rapporto tra la tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 14 giugno 2016, 42 ss.; M. Lipari, *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 10/2016, 15; G. Veltri, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Nello stesso senso anche C. Contessa, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – le forme di tutela del nuovo codice*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, 4. Critici sono anche A. Arcasensa, *L'obbligo di immediata impugnazione del provvedimento di ammissione ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a.: rilievi critici e problematiche applicative*, in [www.italiaappalti.it](http://www.italiaappalti.it); E.M. Barbieri, *Lo speciale contenzioso sulle ammissioni e sulle esclusioni nelle gare di appalto pubblico secondo il nuovo codice degli appalti*, in *Nuovo Notiziario Giuridico*, 2016, 2, 331 e ss.; L. Bertolazzi, *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, 714 e ss.; E. Boscolo, *Il rito superspeciale sulle esclusioni e ammissioni dei concorrenti*, in *Giur. It.*, 2017, 169, 1, 175 e ss.; A. Carbone, *L'accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici: sull'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. e ancora sul rapporto tra ricorso incidentale e ricorso principale*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2017, 3, 1 e ss.; G. Cumin, *Rito "superaccelerato", esecuzione anticipata e frammentazione dell'interesse a ricorrere*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, 5, 642; P. De Berardinis, *Rito ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a. e ricorso incidentale*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (novembre 2018); A. Di Cagno, *Il nuovo art. 120, comma 2 bis, c.p.a.: un'azione senza interesse o un interesse senza azione?*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2017, V11, 4, 2123 e ss.; E. Follieri, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel Codice dei Contratti Pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 8-9, 873 e segg.; F. Franconiero, *Entra in scena il processo amministrativo super accelerato: commento all'art. 204 del nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50/2016)*, in [www.italiappalti.it](http://www.italiappalti.it), 6 agosto 2016; I. Lagrotta, *Il rito superaccelerato in materia di appalti tra profili di incompatibilità costituzionale e conformità alla normativa comunitaria*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) (28 marzo 2018); M. Lipari, *L'art. 120, comma 2 bis, c.p.a.: luci ed ombre, verso una possibile riforma*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (novembre 2018); M. Lipari, *La decorrenza del termine di ricorso nel rito superspeciale di cui all'art. 120, comma 2 bis, e 6 bis, c.p.a.: 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) (gennaio 2019); M. Marchiano, *Determinazione di ammissioni ed esclusioni: onere di immediata impugnazione ed effettività della tutela, ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a.*, in *Appalti e contratti*, 2018, 13, 1-2, 53 e ss. L. Presutti, *Il precontenzioso e il rito accelerato nelle procedure per l'affidamento di contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, 3, 301).

Tale previsione (relativa al fatto che nessun concorrente avrebbe subito impugnato l'ammissione degli altri *competitors*, vista la manifesta sproporzione nell'analisi costi-benefici) si è poi inevitabilmente rivelata fondata, tanto che, negli anni di vigenza della normativa in questione, sono state estremamente rare le impugnazioni avverso le ammissioni degli altri *competitors* (che sono state limitate ai soli casi di gare di estrema rilevanza economica e con partecipazione limitata a due o tre concorrenti).

### 3. *La “travagliata” esistenza del rito superaccelerato*

Le evidenti criticità del nuovo istituto sono state messe in evidenza dalla dottrina sin dalla sua previsione originaria (ovvero subito dopo l'emanazione della Legge Delega n. 11/2016) ed ancora prima della relativa codificazione (avvenuta soltanto con il relativo recepimento nel D.Lgs. 19 aprile 2016, n. 50), che avrebbe potuto essere ancora evitata se il controllo del Consiglio di Stato (cfr. il parere sopra richiamato) ne avesse rilevato le palesi difformità dai principi costituzionali ed europei (anziché esaltarne addirittura il carattere di “sfida storica”).

Tali criticità ne hanno determinato inevitabilmente un percorso applicativo molto difficile (nel quale, in soli tre anni, tale istituto è stato “rinviato a giudizio” sia innanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sia innanzi alla Corte Costituzionale) ed una fine improvvisa e quasi inattesa (con il Decreto-Legge n. 32/2019).

#### 3.1. *La rimessione del rito superaccelerato innanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (ordinanza del TAR Piemonte n. 88/2018)*

Alla luce delle notevoli criticità dell'istituto – dopo una prima fase nella quale la giurisprudenza si era espressa in maniera oscillante sulla compatibilità dello stesso con i principi europei e costituzionali<sup>8</sup> – il T.A.R. Piemonte, con ordinanza n. 88/2018, ha rimesso, innanzi alla Corte di Giustizia U.E., la que-

<sup>8</sup> La giurisprudenza, chiamata a pronunciarsi sulla questione, aveva, infatti, assunto una posizione non univoca, dividendosi nelle due diverse direzioni possibili, ovvero:

1) secondo una prima tesi, la normativa in questione si sarebbe giustificata per il fine ragionevole di perseguire la deflazione del contenzioso con mezzi proporzionati al fine: in tale senso, si veda TAR Lazio, sez. II, 17 luglio 2017, n. 8577;

2) secondo una seconda tesi, la normativa in questione avrebbe avuto “criticità” rilevanti e non sarebbe stata compatibile con i principi costituzionali ed europei; l'affermazione di tali criticità (spesso evidenziate con un *obiter dictum*) non aveva, però, determinato una rimessione in Corte Costituzionale o in Corte di Giustizia U.E., per ragioni relative (nella maggior parte dei casi) alla non rilevanza della questione: in tale senso, si vedano T.A.R. Campania, sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852; T.A.R. Puglia, sez. III, 8 novembre 2016, n. 1262.

stione di compatibilità dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., rispetto ai superiori principi del Diritto Europeo, costituiti dal diritto alla tutela giurisdizionale e dal principio di proporzionalità<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Nella propria ordinanza di rimessione, il T.A.R. Piemonte – pur rilevando la *ratio* della natura bifasica del nuovo processo-appalti, come riformulata dalla normativa oggetto di contestazione – ha rilevato dei profili di criticità insuperabili di tale normativa, evidenziando due presupposti di fatto:

1) il fatto che la stessa imponesse un onere inutile (impugnazione immediata delle ammissioni altrui in un momento in cui il ricorrente non aveva ancora interesse, non essendo ancora conclusa la graduatoria finale) ed una preclusione ingiustificata (a fare valere i vizi relativi alla carenza dei requisiti dell'aggiudicatario, nell'unico momento in cui il ricorrente avrebbe maturato il relativo interesse, ovvero dopo l'aggiudicazione della gara);

2) il fatto che la stessa rendesse ingiustificatamente più onerosa la tutela giurisdizionale, per l'onere di proporre (almeno) una doppia impugnazione (una prima avverso l'ammissione ed una seconda avverso l'aggiudicazione).

Alla luce di tali presupposti, il T.A.R. ha evidenziato la non compatibilità della normativa con riferimento ai principi di garanzia di un ricorso effettivo e di proporzionalità.

1. Sotto un primo profilo, l'ordinanza in questione ha ravvisato la non compatibilità della normativa in questione con riferimento alla effettività del diritto alla tutela giurisdizionale (ai sensi degli artt. 6 e 13 della C.E.D.U.), in quanto essa imponeva:

a) un onere di ricorso immediato, con carattere ingiustificato, in quanto previsto in un momento in cui l'impresa non aveva ancora alcun interesse concreto (non sapendo ancora se il controinteressato sarebbe stato poi aggiudicatario e non sapendo se la stessa impresa ricorrente si sarebbe classificata in seconda posizione alla gara);

b) un onere di ricorso immediato, con carattere addirittura dannoso, per:

b1) l'esposizione ad oneri economici molto ingenti, dovuti alla necessità di presentare plurimi ricorsi avverso una pluralità ancora indistinta di soggetti ammessi (con versamento di un contributo unificato di euro 6.000,00 per ciascuno dei ricorsi);

b2) la compromissione della propria posizione agli occhi della Commissione di gara (che, ancora prima di valutare l'offerta, si trova ad essere destinataria dei plurimi ricorsi dell'impresa partecipante);

b3) le "nefaste conseguenze" sul *rating* di impresa, in base al quale (art. 83 del Codice dei Contratti Pubblici) l'incidenza dei contenziosi attivata dall'impresa costituisce un indice di valutazione negativo della stessa;

c) un accesso alla giustizia eccessivamente gravoso, con riduzione del diritto di difesa e della correlativa possibilità di sindacato giurisdizionale, in quanto l'istituto in questione costringeva:

c1) alla presentazione di ricorsi plurimi (ammissioni di tutti i partecipanti con singoli ricorsi, non essendo ammissibile un ricorso cumulativo);

c2) alla presentazione di ricorsi al buio (vista l'impossibilità di accedere agli atti di gara prima della relativa aggiudicazione, come disposto dall'art. 53 del Codice dei Contratti Pubblici);

c3) alla presentazione di ricorsi anche per ottenere l'accesso agli atti.

2. Sotto un secondo profilo, l'ordinanza in questione ha ravvisato la non compatibilità della normativa in questione con riferimento al principio di proporzionalità, per manifesta sproporzione di tutti gli oneri sopra indicati rispetto al fine dichiarato (di semplificare il contenzioso mediante il sistema bifasico), in particolare, in quanto gli effetti dell'applicazione di tale normativa risultavano essere negativamente rilevanti, in quanto essa determinava:

a) il fatto che – nelle gare di importo particolarmente rilevante (e di fatto riservate a poche grandi imprese), nelle quali l'importo del contributo unificato non costituiva un deterrente – venivano effettivamente proposti una serie di ricorsi avverso le ammissioni altrui, con inutile appesantimento del contenzioso;

b) il fatto che, invece – nelle gare di importo non particolarmente rilevante (nelle quali l'importo del contributo unificato costituiva un deterrente considerevole) – non venissero effettivamente proposti i ricorsi avverso le ammissioni altrui, con successiva preclusione alla contestazione dell'aggiudicazione per carenza dei requisiti dell'aggiudicatario e conseguente rischio concreto che le gare fossero aggiudicate a soggetti privi dei relativi requisiti, in violazione dell'interesse primario di tutto il sistema-appalti, ovvero quello di «assicurare le commesse pubbliche vengano affidate al soggetto maggiormente idoneo».



### 3.2. *La rimessione del rito superaccelerato innanzi alla Corte Costituzionale (ordinanze del TAR Puglia nn. 903/2018 e 1097/2018)*

Parallelamente, ancora prima che la Corte di Giustizia si pronunciasse sulla questione sottoposta dal TAR Piemonte, il TAR Puglia – quasi a volere “chiudere il cerchio” e sottoporre l’istituto in questione a tutti i giudizi potenzialmente esperibili – ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell’art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., per violazione degli artt. 3 (ragionevolezza), 24 (diritto alla tutela giurisdizionale), 103, 111 e 113 (rispettivamente giurisdizione del Giudice Amministrativo nei confronti della Pubblica Amministrazione; giusto processo; pienezza della tutela giurisdizionale contro gli atti della P.A.) della Costituzione, nonché per violazione degli artt. 6 e 13 della CEDU (diritto ad un ricorso effettivo ed ad un giusto processo).

Tale rimessione è avvenuta con due ordinanze gemelle (nn. 903/2018 e 1097/2018), testualmente identiche nei contenuti relativi alla “non manifesta infondatezza della questione”, ma diametralmente opposte nell’analisi del profilo di rilevanza del singolo caso *a quo* (costituito, nel caso della prima ordinanza, da una situazione di avvenuta impugnazione del provvedimento di ammissione di un altro *competitor*, e, nel caso della seconda ordinanza, da una situazione di mancata impugnazione del provvedimento di ammissione di un altro *competitor*), quasi a volersi garantire la certezza che, in uno dei due casi, la questione di rilevanza fosse “blindata”, in modo da superare eventuali questioni preliminari di ammissibilità e di garantirsi l’accesso ad una valutazione sostanziale di costituzionalità della normativa contestata.

### 3.3. *L’“assoluzione” (condizionata) del rito superaccelerato da parte della Corte di Giustizia dell’Unione Europea (Quarta Sezione, ordinanza 14 febbraio 2019).*

Con una certa sorpresa da parte di tutti gli operatori (quasi unanimemente fiduciosi in una valutazione di non compatibilità con il diritto Europeo dell’art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a.), la Corte di Giustizia dell’Unione Europea, con decisione della Quarta Sezione emanata in data 14 febbraio 2019, ha riconosciuto la compatibilità di tale istituto con la normativa europea, rigettando le due questioni sollevate dal TAR Piemonte:

- 1) sia sotto il profilo della previsione di un onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione degli altri *competitors* nelle procedure di gara;



2) sia sotto il profilo della previsione della successiva preclusione alla contestazione della carenza dei requisiti di ammissione degli altri *competitors* in sede di impugnazione del provvedimento finale di aggiudicazione della gara.

L'“assoluzione” da parte della Corte di Giustizia è stata, in realtà, specificamente condizionata alla sussistenza della effettiva avvenuta comunicazione del provvedimento di ammissione, accompagnata da una relazione dei motivi che abbiano determinato l'ammissione del relativo *competitor*, condizione di fatto, peraltro, già configurata dal diritto vivente italiano<sup>10</sup>.

Due sono stati i passaggi fondamentali che hanno determinato il convincimento della Corte con riferimento alla compatibilità dell'istituto oggetto della rimessione con la normativa europea:

- 1) in primo luogo – con riferimento all'onere di impugnazione anticipato – secondo la Corte, in sostanza, la semplice percezione di un rischio di danno per l'impresa (costituito, nella fattispecie, dalla avvenuta ammissione di un altro *competitor* alla procedura di gara) sarebbe sufficiente a concretare la sussistenza di un interesse ad agire attuale e concreto, come, peraltro, dalla stessa già rilevato nella precedente decisione 5 aprile 2017 (c.d. “Marina Mediterranea”)<sup>11</sup>;
- 2) in secondo luogo – con riferimento alla successiva preclusione alla contestazione dei requisiti di ammissione in fase di impugnazione dell'aggiudicazione – secondo la Corte, tale preclusione si giustificerebbe in ragione dell'esigenza di evitare che profili relativi ad eventuali illegittimità di situazioni endoprocedimentali possano emergere soltanto al termine della gara e costringere l'Amministrazione ad annullare la stessa o comunque a retrocedere la gara al momento in cui sia verificata l'illegittimità<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Tale condizione prevista dalla Corte di Giustizia, infatti, non costituiva un elemento nuovo, essendo già stata prevista nel diritto vivente italiano:

1) in un primo momento, dalle prime applicazioni dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., nelle quali la giurisprudenza aveva rilevato come, trattandosi di normativa speciale, di deroga ai principi generali, la stessa doveva essere considerata norma di stretta interpretazione, con la conseguenza che la decorrenza del relativo termine di impugnazione iniziava a decorrere solo in caso di corretto adempimento, da parte dell'Amministrazione, di tutti i presupposti indicati dalla norma, ovvero di pubblicazione sul sito e di relativa comunicazione agli interessati del provvedimento e della relativa relazione esplicativa delle motivazioni, prevista dalla norma stessa (e non anche in caso di semplice conoscenza effettiva);

2) in un secondo momento, mediante la modifica costituita dall'introduzione – nell'ambito dell'art. 29, comma 2, del Codice dei Contratti Pubblici (ad opera del relativo Correttivo, ovvero del D.Lgs. n. 56/2017) – della previsione secondo la quale la decorrenza del termine si verificava soltanto dal momento in cui gli atti fossero stati resi effettivamente disponibili all'interessato («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»).

<sup>11</sup> In particolare, si vedano i paragrafi nn. 35-37 della richiamata decisione della Corte di Giustizia.

<sup>12</sup> In particolare, si vedano i paragrafi nn. 39-42 della richiamata decisione della Corte di Giustizia.

Tali passaggi motivazionali fondamentali non risultano affatto condivisibili per le seguenti ragioni:

- 1) per quanto riguarda il primo profilo, si ritiene che la lettura dello stesso (ed il riferimento operato al precedente richiamato, relativo ad una ben diversa situazione, nella quale era prevista soltanto una facoltà di impugnazione immediata e non un onere) lascia chiaramente intendere che, nella fattispecie, la Corte non ha affatto inquadrato il fatto che la criticità della normativa oggetto di rimessione era costituita essenzialmente dalla previsione di un onere (e non di una mera facoltà) di immediata impugnazione delle ammissioni degli altri *competitors*, onere che (combinato con la estrema onerosità del contributo unificato in materia e con la successiva preclusione alla contestazione dei requisiti in sede di impugnazione dell'aggiudicazione) comporta la effettiva sussistenza di tutti i profili di criticità evidenziati dal TAR Piemonte nell'ordinanza di rimessione;
- 2) per quanto riguarda il secondo profilo, si ritiene che la Corte abbia fondato il proprio *iter* logico su presupposti non condivisibili, ovvero:
  - a) nel considerare esclusivamente le esigenze di evitare rischi di sopravvenienza (in fase post-aggiudicazione) di illegittimità pregresse e relative alla procedura di gara (esigenze richiamate anche dalla difesa del Governo Italiano, sulla base di quanto affermato dal Consiglio di Stato prima, in sede consultiva, nel parere n. 855/2016 e nel parere 782/2017, e poi in sede giurisdizionale, nella decisione dell'Adunanza Plenaria n. 4/2018<sup>13</sup>);
  - b) nel non considerare affatto, invece, in un dovuto bilanciamento di interessi contrapposti, tutte le criticità evidenziate dal TAR Piemonte, consistenti essenzialmente nella avvenuta dimostrazione che la c.d. tutela anticipata si risolveva in una sostanziale negazione di tutela (in quanto nessuna impresa, salvo casi eccezionali, aveva la forza economica per impugnare una o più ammissioni di altri *competitors* in una fase nella quale la stessa non aveva ancora alcun interesse a ricorrere, non essendo ancora noti, né tantomeno prevedibili, i risultati finali della procedura di gara).

La decisione della Corte di Giustizia, in realtà – al di là della sorpresa e della insoddisfazione generale determinata negli operatori – sembra quasi non avere colto il “nocciolo” (sostanziale) della questione postole dal TAR Piemonte, che aveva bene evidenziato come il tema centrale non fosse (l'elemento formale costituito da) la durata o la decorrenza del termine, quanto piuttosto il fatto (sostan-

---

<sup>13</sup> In particolare, con tale decisione, la Plenaria del Consiglio di Stato aveva ribadito l'opportunità di tale istituto processuale, volto a cristallizzare la platea dei partecipanti alla gara prima dello svolgimento della stessa, al fine di evitare che questioni relative alla sussistenza dei requisiti di ammissione potessero essere sollevate dopo l'aggiudicazione, con il rischio di determinare l'annullamento della stessa per profili (requisiti di ammissione) che avrebbero potuto essere rilevati in precedenza: sotto tale profilo, si veda il par. 19.3.6. della stessa.

ziale) che la previsione di un onere di impugnazione immediata delle ammissioni degli altrui *competitors* (e di una correlativa preclusione alla contestazione della relativa carenza dei requisiti al momento dell'impugnazione della aggiudicazione) fosse palesemente inutile (in quanto "scollata" dalla sussistenza di un interesse a ricorrere attuale e concreto) e dannosa per l'impresa (in quanto la esponeva a consistenti e plurimi effetti negativi, sotto il profilo economico, sotto il profilo dei rapporti con la stazione appaltante e sotto il profilo della valutazione negativa del *rating* di impresa), profili, peraltro, apparentemente inquadrati in maniera chiara dalla stessa Corte nella parte della propria decisione illustrativa delle questioni sottoposte dal TAR<sup>14</sup>.

#### 3.4. *Le conseguenze della decisione della Corte di Giustizia sul caso a quo (sentenza del TAR Piemonte n. 621/2019) e sull'assetto generale del Processo-Appalti*

La decisione della Corte di Giustizia – affermato il principio generale di compatibilità con la normativa europea dell'istituto, solo se condizionata alla effettiva comunicazione del provvedimento e della relativa motivazione – aveva rimesso al Giudice *a quo* la valutazione se, nel caso in questione, l'Amministrazione avesse effettivamente rispettato in pieno le indicazioni imposte dalla normativa nazionale (comunicazione con relazione indicante la relativa motivazione) e ribadite dalla decisione della stessa Corte<sup>15</sup>.

Il TAR Piemonte, Sezione Prima, con sentenza 29 maggio 2019, n. 621, applicando i suesposti principi al caso concreto, ha ritenuto che, nel caso di specie, alla ricorrente fosse stata preclusa la possibilità di conoscere le ragioni della illegittimità del provvedimento di ammissione del RTI aggiudicatario, dalla stessa successivamente lamentate con l'impugnativa dell'aggiudicazione, in assenza di una specifica relazione, sia pure sintetica, predisposta dalla stazione appaltante sulle motivazioni che avevano determinato le predette ammissioni (di conseguenza, lo stesso ha dichiarato ammissibile il ricorso a suo tempo proposto avverso la sola aggiudicazione finale, giustificando la mancata impugnazione dell'ammissione originaria, e, nel merito, ha anche accolto il ricorso, riconoscendo la carenza dei requisiti della controinteressata)<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> In particolare, si vedano i paragrafi nn. 12-16 della richiamata decisione della Corte di Giustizia.

<sup>15</sup> In particolare, si vedano i paragrafi nn. 45-47 della richiamata decisione della Corte di Giustizia.

<sup>16</sup> Per completezza, si veda il passaggio fondamentale di tale decisione, ovvero il punto n. 10.6. della stessa.

La decisione del TAR Piemonte sul caso in questione risulta avere una rilevanza più ampia, in quanto essa ha sancito la portata applicativa concreta della decisione della Corte di Giustizia non solo nel caso *a quo*, ma anche in via generale, sull'intero sistema del Processo-Appalti (con riferimento alle questioni relative alle ammissioni degli altri *competitors*).

Alla luce della relativa motivazione, tale decisione può essere vista positivamente, in quanto ha definito l'applicazione concreta dei principi espressi dalla Corte di Giustizia: in sostanza, se è vero che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea non ha dichiarato l'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., incompatibile con il Diritto Europeo, è anche vero che la stessa ha fornito degli elementi utili a favorire un'applicazione restrittiva dello stesso (come poi disposto dal TAR Piemonte nel caso in questione), che possono essere parzialmente utili a rimediare alla "negazione" di giustizia dallo stesso imposta, mediante sostanziale disapplicazione del medesimo nel caso di mancato compimento, da parte dell'Amministrazione, di tutte le prescrizioni applicative dello stesso.

#### 4. *L'espunzione del rito superaccelerato da parte del legislatore (decreto-legge n. 32/2019, convertito in legge n. 55/2019)*

Quando il "sistema" si stava quasi assestando sul disposto dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. (anche "sollevato" dalla interpretazione restrittiva in ordine alla relativa applicazione, fornita dalla giurisprudenza europea e nazionale richiamate) – seppure ancora in attesa (nel Limbo Dantesco di «coloro che son sospesi») della decisione della Corte Costituzionale (sulle due ordinanze di rimessione del TAR Puglia) – con lo stesso "effetto sorpresa" con il quale era stato introdotto, il rito superaccelerato è stato espunto dal Legislatore, con la massima urgenza, tanto da essere abrogato con Decreto Legge 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. Sbloccacantieri)<sup>17</sup>, poi confermato, sul punto, dalla Legge di conversione 14 giugno 2019, n. 55.

##### 4.1. *Le ragioni della scelta del Legislatore*

Come risulta dalla Relazione al richiamato Decreto-Legge, il Legislatore – a fronte delle notevoli criticità dell'istituto in questione – ha valutato opportuno

<sup>17</sup> Con riferimento alla nuova normativa, in termini ampiamente favorevoli, si veda in dottrina, 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](http://www.lexitalia.it); sempre in termini favorevoli, si veda 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](http://www.giustizia-amministrativa.it) (giugno 2019).

sopprimere il c.d. rito superaccelerato in ragione di tre considerazioni di base<sup>18</sup>, ovvero:

- c) la pendenza della relativa questione di legittimità costituzionale innanzi alla Corte Costituzionale;
- d) il rischio oggettivo che l'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., potesse essere dichiarato incostituzionale con riferimento alla violazione dell'art. 24 della Costituzione, in quanto lo stesso «rischia di comprimere il diritto di difesa»;
- e) la constatazione oggettiva relativa al fatto che la normativa in questione non sembrava avere «raggiunto il risultato di accelerare le procedure di affidamento dei contratti pubblici».

#### 4.2. *La decorrenza della relativa abrogazione: il regime transitorio*

Secondo quanto indicato dal D.L. n. 32/2019 (art. 1, comma 5), le disposizioni di cui al comma 4 (relativo alla avvenuta soppressione dei commi 2 *bis* e 6 *bis* dell'art. 120 c.p.a.) «si applicano ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore del presente Decreto» (ovvero dopo la data del 19 aprile 2019).

Tale indicazione dà il senso di come il Legislatore abbia voluto raggiungere, anche negli effetti della riforma, una soppressione immediata dell'istituto in questione, a differenza di quando lo stesso era stato introdotto nell'ambito del Codice dei Contratti Pubblici (che aveva previsto una applicazione avente decorrenza posticipata alle procedure che sarebbero state bandite dopo l'entrata in vigore dello stesso).

La Legge 14 giugno 2019, n. 55 (art. 2, comma 23), di conversione, con modificazioni, del richiamato Decreto-Legge, ha, poi, previsto che le nuove disposizioni si applicassero ai processi «iniziati dopo la entrata in vigore della legge di conversione» (ovvero con decorrenza dal 19 giugno 2019).

In realtà, la apparente disomogeneità relativa alla decorrenza della nuova normativa (individuata nel 19 aprile 2019 dal Decreto Legge n. 32/2019 e nel 19 giugno 2019 dalla Legge n. 55/2019, ovvero nella data di entrata in vigore di ciascuno di essi), non ha avuto alcun effetto sostanziale, in quanto – avendo la Legge convertito il Decreto con espressa salvezza degli atti e dei provvedimenti adottati,

---

<sup>18</sup> Per completezza, si riporta il dato testuale della Relazione al Decreto-Legge c.d. “Sbloccacantieri” sul punto in questione. «La disposizione al comma 4 apporta modificazioni all'articolo 120 del codice del processo amministrativo, di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, e specificamente abroga i commi 2-*bis* e 6-*bis*, e apporta modificazioni ai commi 5, 7, 9 e 11. La disposizione è volta a sopprimere il cosiddetto rito super accelerato che attualmente pende in Corte costituzionale e che è risultata, anche a seguito della consultazione pubblica effettuata dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, una norma che rischia di comprimere il diritto di difesa ex articolo 24 della Costituzione, prevedendo ulteriori oneri in capo alle imprese e che di fatto non sembra aver raggiunto il risultato di accelerare le procedure di affidamento dei contratti pubblici».

nonché degli effetti prodottisi e dei rapporti giuridici sorti sulla base dello stesso (come espressamente sancito dall'art. 1, comma 2, della Legge di conversione<sup>19</sup>) – si è posta una sostanziale continuità nell'applicazione della stessa.

La giurisprudenza ha poi condivisibilmente precisato che per «processi iniziati» si dovesse fare riferimento ai giudizi i cui ricorsi fossero stati notificati (e non depositati) dopo la data del 19 aprile 2019, per tutta una serie di ragioni, che, soprattutto nella materia del Processo-Appalti, considerano la decorrenza di una serie di effetti (*stand still* preprocessuale) e di termini (fissazione della Camera di Consiglio cautelare) al momento della notifica del ricorso<sup>20</sup>.

#### 4.3. *La perdurante pendenza della questione di legittimità costituzionale: la potenziale efficacia ex tunc dell'eventuale declaratoria di incostituzionalità (con eccezione dei c.d. rapporti esauriti).*

Nonostante l'avvenuta abrogazione dell'art. 120, commi 2 *bis* e 6 *bis*, c.p.a., da parte del Legislatore, restava ancora pendente la questione di legittimità costituzionale sollevata dal TAR Puglia, con le due ordinanze nn. 903/2018 e 1097/2018, questione che avrebbe comunque dovuto costituire oggetto di valutazione da parte della Corte Costituzionale, sulla base del principio, sancito in numerose decisioni dalla giurisprudenza della Corte, in base al quale l'abrogazione di una norma anteriormente alla valutazione della questione di costituzionalità non determina l'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza sopravvenuto<sup>21</sup>.

Infatti, mentre la abrogazione di una norma non ha effetto retroattivo, la declaratoria di incostituzionalità della stessa rende la norma inefficace *ex tunc* e, quindi, estende la sua inapplicabilità a tutti i rapporti giuridici ancora pendenti al

<sup>19</sup> Per completezza, si riporta il dato testuale della norma richiamata: «2. 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».

<sup>20</sup> In particolare, si veda, in tale senso, TAR Calabria, Reggio Calabria, 13 maggio 2019, n. 324, che ha escluso l'applicazione del nuovo regime normativo previsto dal Decreto Sbloccantieri ed ha confermato l'applicazione del rito superaccelerato al giudizio in questione, in quanto il relativo ricorso era stato notificato prima del 19 aprile 2019 (ovvero in data 12 aprile 2019), pur essendo lo stesso stato depositato al TAR dopo la data del 19 aprile 2019; in particolare, si veda il paragrafo n. 9 di tale decisione, contenente le motivazioni (amplie, interessanti e condivisibili) relative alla decorrenza del nuovo regime normativo previsto dal Decreto Sbloccantieri, per tutta una serie di ragioni per le quali, in materia di appalti, i giudizi devono considerarsi iniziati al momento della notifica del ricorso e non al momento del suo deposito al TAR.

<sup>21</sup> La Corte Costituzionale ha, infatti, costantemente affermato la persistenza della rilevanza della questione anche nel caso in cui la norma sottoposta a scrutinio sia sostituita da una successiva, perché, ove un determinato atto amministrativo sia stato adottato sulla base di una norma poi abrogata, «la legittimità dell'atto deve essere esaminata, in virtù del principio *tempus regit actum*, con riguardo alla situazione di fatto e di diritto esistente al momento della sua adozione» (si vedano, in tale senso, le sentenze 24 aprile 2013, n. 78, 11 luglio 2012, n. 177, 25 novembre 2011, n. 321, 11 giugno 2010, n. 209, 28 novembre 2008, n. 391, 20 novembre 2000 n. 509).

momento della relativa decisione, con esclusione dei soli rapporti esauriti, come sancito dall'art. 136 della Costituzione e dell'art. 30, comma 3, della Legge 11 marzo 1953, n. 87, nonché dalla giurisprudenza amministrativa<sup>22</sup>.

Pertanto, applicando tali principi al caso in questione – nel quale, peraltro, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., è stata posta dal TAR Puglia in due casi diametralmente opposti (mancata impugnazione dell'ammissione altrui e avvenuta impugnazione dell'ammissione altrui), in modo da garantire comunque la rilevanza dell'uno o dell'altro caso – non vi potevano essere dubbi sul fatto che la Corte Costituzionale avrebbe dovuto comunque riconoscere la rilevanza di uno di essi e pronunciarsi nel merito della questione di legittimità costituzionale sottopostale.

Infatti, laddove la Corte avesse poi riconosciuto l'incostituzionalità dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., la relativa pronuncia avrebbe avuto effetti su tutti i giudizi ancora pendenti, con esclusione soltanto dei c.d. rapporti esauriti, ovvero dei giudizi nel frattempo passati in giudicato, come riconosciuto dalla giurisprudenza<sup>23</sup>.

#### 4.4. *L'“assoluzione” del rito superaccelerato da parte della Corte Costituzionale, con sentenza 18 dicembre 2019, n. 271*

Con sentenza 18 dicembre 2019, n. 271, la Corte Costituzionale – previa declaratoria dell'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata, proprio alla luce della attualità dell'interesse alla definizione della stessa per le potenziali conseguenze retroattive di un'eventuale declaratoria di illegittimità<sup>24</sup> – ha rigettato la questione di legittimità costituzionale, ritenendo la normativa in questione compatibile con i principi costituzionali la cui violazione era stata dedotta dal TAR Puglia, con le due ordinanze di rimessione.

In particolare, la Corte ha ritenuto infondate le questioni rimesse dal TAR Puglia, sotto tutti i profili<sup>25</sup>, specificando essenzialmente che la normativa in questione – da inquadrare nell'ambito di un'ampia discrezionalità del Legislatore sull'indi-

<sup>22</sup> In particolare, si veda Cons. Stato, sez. VI, 3 ottobre 2014, n. 4946.

<sup>23</sup> In tale senso, si veda, in particolare, Cons. Stato, ad. plen. 20 dicembre 2017, n. 12.

<sup>24</sup> In particolare, sotto tale profilo, la Corte ha rilevato che «l'intervenuta abrogazione nelle more del giudizio di legittimità costituzionale non incide sulla rilevanza delle questioni, poiché, ai sensi dell'art. 1, comma 23, del citato d.l. n. 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 *in quibus*» (cfr. par. 2 della decisione richiamata).

<sup>25</sup> I profili dedotti atenevano alla violazione degli artt. 3 (ragionevolezza), 24 (diritto alla tutela giurisdizionale), 103, 111 e 113 (rispettivamente giurisdizione del Giudice Amministrativo nei confronti della Pubblica Amministrazione; giusto processo; pienezza della tutela giurisdizionale contro gli atti della P.A.) della Costituzione, nonché per violazione degli artt. 6 e 13 della CEDU (diritto ad un ricorso effettivo ed ad un giusto processo).



viduazione degli strumenti processuali – non si poneva in violazione dei principi di ragionevolezza, di garanzia della tutela giurisdizionale e di pienezza della giurisdizione, in quanto sostanzialmente giustificata dall'esigenza di «definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte» (Consiglio di Stato, Adunanza della commissione speciale, parere n. 855 del 1° aprile 2016, avente ad oggetto lo schema di decreto legislativo recante “Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione”, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n. 11), con la conseguente creazione di 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» (Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 14 marzo 2017, n. 1059)» (cfr. par. 8).

Tale sentenza – per quanto non condivisibile, per le medesime ragioni già indicate con riferimento alla sopra richiamata decisione assunta dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea – non ha comunque avuto un impatto consistente sul sistema, proprio alla luce del carattere ormai limitato della propria portata, che avrebbe potuto incidere, al limite, soltanto sulla retroattività degli effetti (in caso di declaratoria di illegittimità costituzionale), essendo ormai il rito superaccelerato già stato soppresso dal Legislatore.

##### 5. *L'impatto positivo della avvenuta soppressione del rito superaccelerato sul processo appalti*

Per comprendere, quindi, l'impatto dell'avvenuta soppressione del rito superaccelerato (e valutarne il carattere positivo o meno), si ritiene opportuno considerare, a monte, l'impatto del Processo-Appalti innanzi al Giudice Amministrativo sull'intero sistema delle procedure ad evidenza pubblica.

La questione di fondo, in sostanza, è capire se la Giustizia Amministrativa sia positiva per l'intero sistema degli appalti (nonché per l'Economia Nazionale in generale) o se la stessa, viceversa, sia addirittura talmente negativa da incidere sul Prodotto Interno Lordo nazionale, come è stato più volte indicato da diversi esponenti del Governo Italiano (peraltro, in maniera anche trasversale).

5.1. *I dati risultanti dagli Studi compiuti dagli Uffici del Consiglio di Stato sul rapporto tra Giustizia Amministrativa ed Economia e tra Giustizia Amministrativa ed Appalti*

Tale tema ha assunto una rilevanza tale da indurre gli Uffici del Consiglio di Stato a porre in essere due interessanti Studi costituiti da:

- 1) una "Analisi sui rapporti tra Giustizia Amministrativa ed Economia";
- 2) una "Analisi di impatto del contenzioso amministrativo in materia di appalti 2017-2018"<sup>26</sup>.

Tali due Studi contengono dati oggettivi molto interessanti per capire quale sia l'impatto del contenzioso in materia di appalti e come lo stesso si stia evolvendo.

Il primo dei due Studi sopra indicati (Analisi sui rapporti tra Giustizia Amministrativa ed Economia) contiene alcuni dati molto significativi sia in termini generali (rapporto Giustizia-Economia), sia in termini specifici (rapporto Giustizia-Appalti); in particolare:

- a) il dato relativo alla importante riduzione del numero dei giudizi proposti innanzi a tutti i Tribunali Amministrativi Regionali complessivamente nell'anno 2017 (n. 30.743 ricorsi) rispetto agli anni precedenti (in particolare, n. 54.902 nel 2013, 63.723 nel 2014, 61.723 nel 2015, 54.565 nel 2016: tale dato emerge dalla Tabella n. 1, contenuta nello stesso);
- b) il dato relativo al tempo-medio impiegato per la definizione dei vari contenziosi e, in particolare, dei contenziosi in materia di «appalti pubblici di lavori, servizi e forniture»:
  - b1) dai Tribunali Amministrativi Regionali, innanzi ai quali i giudizi in materia di appalti, nell'anno 2017, sono stati definiti in un tempo-medio di 78 giorni (rispetto ai tempi ben più lunghi degli anni precedenti, pari rispettivamente a n. 331 giorni nel 2013, a 223 giorni nel 2014, a 193 giorni nel 2015, a 149 giorni nel 2016: tale dato emerge dalla Tabella n. 3, contenuta nello stesso);
  - b2) dal Consiglio di Stato, innanzi al quale i giudizi in materia di appalti, nell'anno 2017, sono stati definiti in un tempo-medio di 125 giorni (rispetto ai tempi ben più lunghi degli anni precedenti, pari rispettivamente a n. 469 giorni nel 2013, a 248 giorni nel 2014, a 209 giorni nel 2015, a 225 giorni nel 2016: tale dato emerge dalla Tabella n. 4, contenuta nello stesso).

Anche il secondo dei due Studi sopra indicati (Analisi di impatto del contenzioso amministrativo in materia di appalti 2017-2018<sup>27</sup>) contiene dati molto

<sup>26</sup> Entrambi gli Studi sopra indicati sono pubblicati sul sito istituzionale della Giustizia Amministrativa: <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/codice-dei-contratti-pubblici>.

<sup>27</sup> Come risulta indicato in calce alla prima pagina di tale Analisi, la stessa è stata svolta a cura del Cons. Giulio Veltri con la collaborazione dell'Ufficio Studi, massimario e formazione, dell'Ufficio Stampa e comuni-

significativi con riferimento alla questione specifica relativa al rapporto tra la Giustizia Amministrativa e gli Appalti Pubblici; in particolare, tale Studio ha inteso confrontare i numeri delle procedure di gara in generale con i numeri del contenzioso innanzi alla Giustizia Amministrativa e delle decisioni dalla stessa assunte – prendendo a riferimento periodo statisticamente rilevante, ovvero un biennio (2017-2018) – anche al fine di individuare se esista o meno il c.d. blocco giurisdizionale (cautelare e di merito) sulle procedure di gara, come indicato nelle relative premesse costituenti il c.d. “scopo dell’indagine”.

Dallo studio in questione emerge quanto segue:

- 1) per quanto riguarda il biennio 2017-2018 (oggetto diretto dell’indagine):
  - a) dal punto di vista dell’attività amministrativa, sono state bandite n. 255.151 procedure di gara nell’anno 2017 e n. 238.101 procedure di gara nell’anno 2018 (per un valore complessivo rispettivamente di circa 133 miliardi di euro nel 2017 e di circa 141 miliardi di euro nel 2018);
  - b) dal punto di vista dell’attività giurisdizionale, le procedure oggetto di impugnazione innanzi ai vari Tribunali Amministrativi Regionali sono state n. 3.457 nell’anno 2017 e n. 3.603 nell’anno 2018;
  - c) ne deriva che il contenzioso innanzi al Giudice Amministrativo, nel biennio 2017-2018, risulta pari complessivamente ad una media di circa il 1,4% rispetto alle procedure di gara bandite;
- 2) per quanto riguarda il biennio 2015-2016 (oggetto diretto di analogo indagine fatta nel precedente biennio, i cui dati vengono poi messi a confronto con quelli del biennio 2017-2018), emerge che il contenzioso innanzi al Giudice Amministrativo, nel biennio 2015-2016, risulta pari complessivamente ad una media di circa il 2,7% rispetto alle procedure di gara bandite;
- 3) in sostanza, quindi – nel raffronto tra il biennio 2015-2016 ed il biennio 2017-2018 – il contenzioso risulta essersi ridotto di circa il 50% (dal 2,7% circa al 1,4% circa), come indicato nello Studio in questione: «in estrema e approssimativa sintesi può dirsi che il tasso di contenzioso in materia di appalti è calato di circa il 50%»: la ragione di tale consistente calo del contenzioso viene posta, dall’Analisi in oggetto, in stretta correlazione con l’emanazione e l’applicazione dell’art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., non risultando altri fattori causali o concausali;
- 4) altri elementi interessanti sono costituiti dalle constatazioni relative al rapporto appalti-contenzioso, con riferimento al valore ed alla tipologia delle procedure; in particolare, risulta che:

- a) le procedure innanzi alla CONSIP sono oggetto di impugnazione nella pressoché totalità dei casi, dato che viene spiegato in relazione all'estrema rilevanza di tali procedure;
- b) circa la metà del contenzioso riguarda le procedure di valore superiore ad un milione di euro, dato che conferma il rapporto di diretta proporzionalità tra valore della gara e percentuale del contenzioso;
- c) le procedure di valore inferiore ad un milione di euro sono oggetto di impugnazione con una percentuale statistica molto ridotta: tale dato viene spiegato in relazione all'estrema rilevanza dei costi (contributo unificato e spese legali) rispetto ai potenziali benefici (economicamente contenuti) in caso di esito positivo del relativo contenzioso;
- 5) di particolare interesse è, infine, il rapporto tra esito del contenzioso cautelare e procedure di gara; sotto tale profilo, risulta che l'impatto delle decisioni cautelari di sospensione è estremamente limitato, in quanto pari rispettivamente al 28% nell'anno 2017 ed al 16% nell'anno 2018 (peraltro, in netta discesa rispetto ai dati 2015-2016, che si attestava sul 30% circa); pertanto, l'impatto delle decisioni cautelari "bloccanti" si è attestato sul 0,3% di tutte le procedure bandite;
- 6) l'elemento più significativo dell'intero Studio, anche ai fini della presente analisi, è quello (sopra indicato al punto n. 3), ovvero la constatazione che il contenzioso-appalti si è ridotto del 50% negli anni 2017-2018 (rispetto agli anni 2015-2016) e che tale consistente contrazione è stata dovuta realisticamente alla vigenza ed applicazione dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., che ha, di fatto, drasticamente limitato la proposizione di ricorsi innanzi al Giudice Amministrativo<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Si riporta, per completezza, quanto indicato nelle conclusioni dello Studio in questione. «I dati salienti emersi dallo studio consentono di validare le seguenti conclusioni:

- nel 2017 e 2018 il numero delle procedure bandite è cresciuto esponenzialmente, soprattutto nel sottosoglia. Ciò è certamente dovuto, principalmente, al consolidarsi della legislazione e del quadro normativo attuativo, nonché di quello giurisprudenziale.
- A fronte di questa rivitalizzazione del sottosoglia, il dato sul contenzioso è rimasto sostanzialmente inalterato. La ragione potrebbe risiedere, nel meccanismo processuale di cui all'art. 120 comma 2 bis (cd rito superaccelerato, da poco abrogato) ed al correlato onere di impugnazione immediata delle altrui ammissioni che, nei fatti, potrebbe aver disincentivato il ricorso per i piccoli appalti. Per l'effetto, il tasso di contenzioso si è ridotto di circa il 50%
- La percentuale di "blocco" giudiziario degli appalti si è conseguentemente fortemente contratta, attestandosi sullo 0,3% rispetto allo 0,7% del precedente biennio.
- La percentuale di "blocco" provocate dal filtro giurisdizionale è più che compatibile con il margine fisiologico di errore delle amministrazioni, ove si consideri che trattasi di procedure complesse con molti partecipanti».

## 5.2. *L'impatto negativo del rito superaccelerato sul sistema dei Contratti Pubblici e le conseguenze positive della sua soppressione*

Alla luce degli elementi evidenziati dagli Studi in questione e di ulteriori considerazioni, si rileva l'impatto estremamente negativo prodotto sul sistema dei Contratti Pubblici per l'emanazione dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. e, di conseguenza, l'impatto positivo della sua soppressione.

In sostanza, alla luce di quanto risulta dai due Studi in questione (dati molto utili ai fini di un ragionamento generale di sistema):

- a) il c.d. "blocco giurisdizionale", di fatto, non esiste, avendo un carattere estremamente limitato (pari a circa lo 0,3% delle procedure di gara);
- b) un giudizio-appalti viene definito in meno di tre mesi in primo grado (78 giorni) ed in circa quattro mesi in appello (125 giorni);
- c) il contenzioso-appalti si è ridotto del 50% in realistica conseguenza del c.d. rito superaccelerato.

Anche alla luce dei dati forniti dagli Studi del Consiglio di Stato, si ritiene che ogni forma di deterrente posto dal Legislatore all'accesso alla Giustizia in materia di Contratti Pubblici sia estremamente negativa, in quanto limita drasticamente non solo l'esercizio della tutela giurisdizionale di imprese che ritengono di avere subito un'ingiustizia in sede di procedura di gara, ma anche e soprattutto l'esercizio della correlativa giurisdizione del Giudice Amministrativo in materia, quale controllo indispensabile per garantire la regolarità delle procedure, anche a fini deterrenti di situazioni di mala-amministrazione.

In tale ottica, l'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. – correlato, peraltro, alla previsione di un contributo unificato irragionevole e sproporzionato<sup>(29)</sup> ed alla oggettiva carenza di interesse alla immediata impugnazione delle ammissioni degli altri *competitors* – ha determinato la sussistenza di un "ostacolo" estremamente alto per l'accesso alla Giustizia Amministrativa nelle procedure di gara (tranne quelle di valore economico di massima rilevanza) tale da comportare la riduzione del contenzioso-appalti di circa il 50%.

Tale drastica riduzione del controllo giurisdizionale del Giudice Amministrativo in un settore molto delicato ed importante per l'Economia Nazionale non si giustificava, peraltro, neanche nell'ottica del conseguimento dell'obiettivo della accelerazione delle procedure di gara, vista la sostanziale inesistenza del "mito"

<sup>29</sup> Per completezza, si rileva come, ai sensi del DPR n. 115/2002, il contributo unificato per il contenzioso di primo grado in materia di contratti pubblici innanzi al Giudice Amministrativo ammonta ad euro 2.000,00, 4.000,00 e 6.000,00 per le procedure di valore rispettivamente inferiore ad euro 200.000,00, inferiore ad euro 1.000.000,00 e superiore ad euro 1.000.000,00; il relativo ammontare in secondo grado è poi moltiplicato per un coefficiente di 1,5, con la conseguenza di essere pari rispettivamente ad euro 3.000,00, euro 6.000,00 ed euro 9.000,00.

del “blocco giurisdizionale” (stante il carattere estremamente limitato delle ordinanze cautelari di sospensione, che incidono in misura del 0,3% sulle procedure ad evidenza pubblica) e la estrema rapidità dei giudizi amministrativi in materia.

La avvenuta espunzione di tale art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. si pone, quindi, a parere dello scrivente, come elemento positivo, che – senza incidere sulla celerità delle procedure – consentirà nuovamente l'esplicazione del contenzioso relativo alla verifica dei requisiti degli aggiudicatari, fondamentale per garantire il controllo giurisdizionale sulla legalità delle procedure, che non possono essere affidate a soggetti privi dei requisiti prescritti dalla normativa di settore.

## 6. Conclusioni

Alla luce di tutti i dati oggettivi e delle considerazioni soggettive formulati nel presente contributo, le conclusioni non possono che essere molto brevi, essendo quasi *in re ipsa*.

Nonostante le considerazioni positive formulate al precedente paragrafo sulla avvenuta espunzione del c.d. rito superaccelerato dal Codice del Processo Amministrativo, si ritiene che la “pagina” dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. (che ha avuto, comunque, applicazione per oltre tre anni) debba essere considerata una “brutta pagina” nella storia della Legislazione Nazionale.

Per oltre tre anni, infatti, l'intero sistema delle procedure di gara ha usufruito di una sostanziale “immunità” nel controllo giurisdizionale sulla verifica dei requisiti dei soggetti aggiudicatari delle procedure, in quanto lo stesso è stato precluso (o, quantomeno, gravemente limitato) dall'onere di immediata impugnazione delle ammissioni degli altri *competitors*, sancito dall'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a.

Per oltre tre anni, il contenzioso innanzi al Giudice Amministrativo relativo alle procedure di gara – unico presidio certo a garanzia della legalità, in un settore particolarmente afflitto da corruzione e malamministrazione – è stato volutamente e consapevolmente ostacolato dal Legislatore, sulla base di giustificazioni (accelerazione delle procedure di gara), la cui infondatezza (seppure evidente sin dall'inizio) è stata chiaramente dimostrata dai richiamati Studi posti in essere dagli Uffici del Consiglio di Stato.

E, forse, l'operato del Legislatore, in qualche modo, può anche essere oggetto di comprensione, alla luce della naturale incompetenza tecnica dello stesso con riferimento all'oggetto specifico ed agli effetti materiali determinati dalla regolazione dallo stesso posta in essere.

Ciò che allo scrivente non risulta ancora comprensibile è piuttosto il “lasciapassare” alla normativa in questione, rilasciato in sede consultiva dal Consiglio di

Stato, che avrebbe dovuto essere ben consapevole degli effetti fortemente negativi di una tale disciplina e che, invece, nel parere in data 1 aprile 2016, aveva addirittura esaltato la normativa in questione come “sfida storica”<sup>30</sup>): tale parere – laddove non fosse poi intervenuto il Legislatore ad abrogare il rito superaccelerato – avrebbe conferito allo stesso una sostanziale “immunità” (*rectius* “impunità” permanente, tanto da consentirgli di potere superare il vaglio sia della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, sia della Corte Costituzionale, come poi è effettivamente avvenuto.

---

<sup>30</sup> A distanza di quasi due anni da un precedente scritto dello scrivente sulla stessa normativa (relativo alla richiamata ordinanza del TAR Piemonte n. 88/2018, di rimessione alla Corte di Giustizia: Si veda E. Lubrano, *L’art. 120, comma 2 bis, c.p.a. finalmente “rinviato a giudizio” innanzi alla Corte di Giustizia U.E.: un’occasione di riaffermazione del principio di effettività della tutela*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), pubblicato in data 6 marzo 2018), purtroppo, risultano ancora attuali le medesime conclusioni testuali formulate a suo tempo: «E, allora, per quanto lo scrivente non sia certo un “complotista”, fanno un po’ pensare le parole di un grande Statista ormai scomparso (“a pensare male si fa peccato, ma spesso ci si azzecca”). Ma forse, per capire la logica di tutti questi ostacoli, bisognerebbe apporre un punto interrogativo alle rassicurazioni manzoniane (“credete che non s’è fatto apposta”). Le rassicurazioni si trasformano, invece, nella domanda esattamente opposta, ovvero: credete che non s’è fatto apposta?».



*La soppressione dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. (onere di immediata impugnazione delle ammissioni degli altri competitors nel processo-appalti, c.d. rito superaccelerato): un'occasione per la riespansione dell'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale*

Il presente contributo ha ad oggetto la previsione dell'onere di immediata impugnazione delle ammissioni degli altri *competitors* nelle procedure ad evidenza pubblica (art. 120, commi 2 *bis* e 6 *bis*, c.p.a.), ovvero il c.d. rito superaccelerato nel processo amministrativo per i giudizi relativi agli appalti pubblici, introdotto con legge n. 11/2016 e soppresso con decreto-legge n. 32/2019.

Il contributo evidenzia i gravi profili di criticità di tale disciplina, che sono stati, però, giustificati sia dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (ordinanza 14 febbraio 2019), sia dalla Corte Costituzionale (sentenza 18 dicembre 2019, n. 271).

Il contributo rileva, infine, l'impatto negativo del rito superaccelerato sul sistema dei Contratti Pubblici e le conseguenze positive della sua soppressione, anche sulla base dei dati oggettivi risultanti da due Studi compiuti dagli Uffici del Consiglio di Stato sul rapporto tra Giustizia Amministrativa ed Economia e tra Giustizia Amministrativa ed Appalti.

*The deletion of the Article 120, paragraphs 2 bis and 6 bis, of the Code of Administrative Procedure (the burden of immediately challenging the admissions of other competitors in public procurement procedures): a good chance for the re-expansion of the right to an effective legal remedy.*

The purpose of this contribution is to provide for the burden of immediately challenging the admissions of other competitors in public procurement procedures (Article 120, paragraphs 2 *bis* and 6 *bis*, of the Code of Criminal Procedure), i.e. the so-called accelerated rite in the administrative process for judgments relating to public contracts, introduced by Law no. 11/2016 and abolished by Decree Law no. 32/2019. The contribution highlights the serious critical aspects of this discipline, which have, however, been justified by both the Court of Justice of the European Union (order of 14 February 2019) and the Constitutional Court (sentence no. 271 of 18 December 2019).

Finally, the contribution notes the negative impact of the over-accelerated rite on the system of public contracts and the positive consequences of its abolition, also on the basis of objective data resulting from two studies carried out by the Council of State Offices on the relationship between administrative justice and the economy and between administrative justice and public calls for tender.

