

ABROGAZIONE DEL RITO C.D. SUPER-SPECIALE DI CUI ALL'ART. 120, COMMI 2-BIS E 6-BIS, C.P.A.

Il 18 aprile 2019 è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il decreto legge 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. sblocca-cantieri), entrato in vigore il giorno successivo (art. 30, comma 1, del d.l. n. 32/2019).

Il suo art. 1, comma 4, ha abrogato espressamente i commi 2-bis e 6-bis dell'art. 120 c.p.a., nonché ogni riferimento ad essi nei residui commi dello stesso art. 120: è venuto meno il rito c.d. super-speciale avente ad oggetto "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" (così l'*incipit* dell'abrogato comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a.).

Secondo la disciplina transitoria dettata dall'art. 1, comma 5, del d.l. n. 32/2019, "le disposizioni di cui al comma 4 si applicano ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto", e cioè ai processi "iniziati" a partire dal 19 aprile 2019.

L'art. 1, comma 1, lett. c), del d.l. n. 32/2019 ha abrogato espressamente il secondo, il terzo e il quarto periodo del comma 1 dell'art. 29 del d. lgs. n. 50/2016, relativi alle misure di conoscenza del "provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione [amministrativa] attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 [del d. lgs. n. 50/2016], nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali [di cui all'art. 83 del d. lgs. n. 50/2016]" (così l'abrogato secondo periodo del comma 1 dell'art. 29 del d. lgs. n. 50/2016). Ciò – si trova scritto nella relazione governativa di accompagnamento al disegno di legge di conversione del d.l. n. 32/2019 – al fine di "coordinare le disposizioni" dettate dall'art. 29 cit. "con la soppressione del cosiddetto rito super-accelerato".

Dato che l'onere d'immediata impugnazione delle altrui ammissioni, all'esito della valutazione dei requisiti partecipativi, era stato introdotto con le stesse disposizioni che avevano allestito, al riguardo, un rito processuale *ad hoc* (commi 2-bis e 6-bis dell'art. 120 c.p.a.)⁽¹⁾, si sarebbe portati a ritenere, di primo acchito, che la loro abrogazione porti con sé il superamento della natura di provvedimento (e quindi

⁽¹⁾ Ivi inseriti dall'art. 204, comma 1, lett. b) e d), del d. lgs. n. 50/2016, in attuazione dell'art. 1, comma 1, lett. bbb), della legge n. 11/2016.

dell'onere d'immediata impugnazione) delle altrui ammissioni, di nuovo attratte – secondo lunga tradizione – nell'area degli atti endoprocedimentali, capaci se del caso e al più di invalidare in via derivata il provvedimento conclusivo della procedura di affidamento.

Ma, a ben vedere, milita in direzione opposta il comma 2-*bis* dell'art. 76 del d. lgs. n. 50/2016, ivi inserito – si badi – dall'art. 1, comma 1, lett. l), dello stesso d.l. n. 32/2019: “nei termini stabiliti al comma 5 [dello stesso art. 76, e cioè entro un termine – non decadenziale – non superiore a cinque giorni] è dato avviso ai candidati e ai concorrenti ... 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 [del d. lgs. n. 50/2016], nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali [di cui all'art. 83 del d. lgs. n. 50/2016], indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti”⁽²⁾.

Contrariamente alle apparenze, più che mai ingannevoli, la soppressione del rito super-speciale di cui all'art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis*, c.p.a. ad opera dell'art. 1, comma 4, del d.l. n. 32/2019 lascia intatta – nel coevo comma 2-*bis* dell'art. 76 del d. lgs. n. 50/2016 – l'esplicita qualificazione come “provvedimento” dell'atto che determina le ammissioni (e le esclusioni) all'esito della valutazione dei requisiti partecipativi e, di conseguenza, l'onere della sua immediata impugnativa.

Appare poi significativa, sempre sul piano dell'interpretazione testuale, la perfetta identità tra la lettera dell'art. 76, comma 2-*bis*, del d. lgs. n. 50/2016 e le formulazioni che figuravano nel secondo e nel terzo periodo del comma 1 dell'art. 29 del d. lgs. n. 50/2016: la stazione appaltante adotta e comunica a tutti i “candidati”/“concorrenti” il “provvedimento” che determina le ammissioni alla/le esclusioni dalla gara all'esito della verifica della documentazione amministrativa attestante i requisiti partecipativi, “indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti”, per tali intendendosi gli atti preparatori dell'anzidetto “provvedimento” (verbali della commissione aggiudicatrice, dichiarazioni sostitutive e documenti – si pensi ad esempio a referenze bancarie – presentati dai candidati/concorrenti).

⁽²⁾ L'art. 76 del d. lgs. n. 50/2016 è applicabile anche nei settori speciali (art. 132, comma 1, del d. lgs. n. 50/2016).

Depone nello stesso senso la collocazione sistematica del comma 2-*bis*, inserito nell'art. 76 del d. lgs. n. 50/2016 dall'art. 1, comma 1, lett. l), del d.l. n. 32/2019: l'atto che determina le ammissioni (e le esclusioni) all'esito della valutazione dei requisiti partecipativi è accostato ad altri atti, enumerati nel successivo comma 5, dalla sicura valenza provvedimentoale (aggiudicazione, esclusione, decisione di non aggiudicare), che, ai sensi dell'art. 120, comma 5, c.p.a., vanno impugnati nel termine decadenziale di trenta giorni decorrenti dalla "ricezione della comunicazione" di cui all'art. 76 del d. lgs. n. 50/2016 (così va inteso, nell'art. 120, comma 5, c.p.a., l'obsoleto riferimento all'art. 79 del d. lgs. n. 163/2006).

Lo stesso obbligo della stazione appaltante di indicare "l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti" mira ad assicurare, in deroga all'art. 53, comma 2, lett. b), del d. lgs. n. 50/2016⁽³⁾, un'immediata conoscibilità degli atti preparatori del provvedimento recante le ammissioni/esclusioni, che non può spiegarsi altro che con l'attualità dell'onere di repentina reazione processuale⁽⁴⁾.

Le intenzioni del legislatore non inducono a differenti approdi. Nella relazione governativa di accompagnamento al disegno di legge di conversione del d.l. n. 32/2019 sta scritto che l'inserimento del comma 2-*bis* nell'art. 76 cit. "si rende necessario a seguito dell'intervento normativo sull'articolo 29" del d. lgs. n. 50/2016, e cioè a seguito dell'abrogazione delle disposizioni (per l'innanzi contenute nel secondo, terzo e quarto periodo del comma 1 dell'art. 29 cit.) relative alle misure di conoscenza del provvedimento determinativo di ammissioni (ed esclusioni) all'esito della valutazione dei requisiti partecipativi: segno che il legislatore ha inteso riprodurle – tali e quali, al netto dell'epurazione dai riferimenti all'abrogato comma

⁽³⁾ Che, per quanto qui rileva, impone – "nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali" (e con il presidio della sanzione penale di cui al comma 4 dello stesso art. 53 cit.) – di differire l'accesso "all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse ... fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime".

⁽⁴⁾ CGUE, sez. IV, 14 febbraio 2019, C-54/18 ha ritenuto l'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. compatibile con gli artt. 1 e 2-*quater* della direttiva 89/665/CEE, letti alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, "a condizione che i provvedimenti ... comunicati siano accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti tale da garantire" che gli "interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza" dei presunti vizi di legittimità. Invero, "ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici possono essere unicamente garantiti qualora i termini imposti per proporre tali ricorsi inizino a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente abbia avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza della presunta violazione di dette disposizioni" (par. 31 e 45).

2-*bis* dell'art. 120 c.p.a. – nel comma 2-*bis* appositamente introdotto nell'art. 76 del d. lgs. n. 50/2016. Inoltre, nella citata relazione governativa la soppressione del rito super-speciale di cui all'art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis*, c.p.a. è giustificata con il timore di un'indebita compressione del diritto di difesa (“ ... 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 ... “): risponde allora alla volontà del legislatore che l'abrogazione del rito super-speciale di cui all'art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis*, c.p.a. si saldi con la perdurante qualificazione alla stregua di “provvedimento” dell'atto determinativo di ammissioni (ed esclusioni) all'esito della valutazione dei requisiti partecipativi e, quindi, con il permanente onere della sua immediata impugnazione, convogliata però nel rito speciale di cui all'art. 120 c.p.a., e non più nel soppresso rito super-speciale.

Senza dire che l'opposta tesi implicherebbe un'interpretazione abrogante di una disposizione – il comma 2-*bis* dell'art. 76 del d. lgs. n. 50/2016 – che il legislatore ha invece ritenuto di introdurre proprio in concomitanza con l'abrogazione del rito super-speciale di cui all'art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis*, c.p.a..

Opzione ribadita tale e quale – si noti – con la legge di conversione del d.l. n. 32/2019, nonostante la sollecitazione, venuta da ANAC il 17 maggio 2019, ad un “maggior coordinamento” tra la soppressione del rito super-speciale e l'introduzione del comma 2-*bis* nell'art. 76 del d. lgs. n. 50/2016⁽⁵⁾: circostanza significativa sul versante delle intenzioni del legislatore.

Lo scenario – lo si è testé anticipato – non è cambiato con la legge di conversione del d.l. n. 32/2019: legge 14 giugno 2019, n. 55, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 17 giugno 2019 ed entrata in vigore il giorno successivo (art. 1, comma 3, legge n. 55/2019).

L'art. 1, comma 1, lett. c), del d.l. n. 32/2019 – che abroga il secondo, terzo e quarto periodo del comma 1 dell'art. 29 del d. lgs. n. 50/2016, relativi alle misure di conoscenza del provvedimento determinativo di ammissioni/esclusioni all'esito della

⁽⁵⁾ Ha osservato ANAC, in un *report* “pubblicato a meri fini conoscitivi” il 17 maggio 2019 e recante “prime valutazioni” dell'impatto del d.l. n. 32/2019 “sul sistema degli appalti pubblici”, che “la permanenza dell'obbligo [per le stazioni appaltanti] di adottare e comunicare il provvedimento *de quo* [recante le ammissioni alla/esclusioni dalla gara] a tutti i concorrenti” è suscettibile di “ingenerare dubbi interpretativi in ordine all'onere di una sua immediata impugnativa”.

valutazione dei requisiti partecipativi – è divenuto, in sede di conversione, art. 1, comma 20, lett. d), del d.l. n. 32/2019, serbando intatta la sua formulazione originaria.

Lo stesso dicasi per l'art. 1, comma 1, lett. l), del d.l. n. 32/2019 (che introduce nell'art. 76 del d. lgs. n. 50/2016 il più volte richiamato comma 2-*bis*), divenuto, in sede di conversione, art. 1, comma 20, lett. n), del d.l. n. 32/2019; e per l'art. 1, comma 4, del d.l. n. 32/2019 (che abroga i commi 2-*bis* e 6-*bis* dell'art. 120 c.p.a. ed espunge ogni riferimento ad essi nei residui commi dello stesso art. 120), divenuto, in sede di conversione, art. 1, comma 22, del d.l. n. 32/2019.

L'unica modifica intervenuta in sede di conversione riguarda la disciplina transitoria connessa all'abrogazione del rito super-speciale di cui ai commi 2-*bis* e 6-*bis* dell'art. 120 c.p.a.: mentre l'art. 1, comma 5, del d.l. n. 32/2019 disponeva l'abrogazione del rito super-speciale per i "processi iniziati" a partire dal 19 aprile 2019 ("dopo la data di entrata in vigore del presente decreto"), l'art. 1, comma 23, dello stesso d.l. n. 32/2019, come risultante dalla legge di conversione, dispone l'abrogazione del rito super-speciale per i "processi iniziati" a partire dal 18 giugno 2019 ("dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto").

Premesso che, secondo la Cassazione⁽⁶⁾, le norme di un decreto legge escluse dalla conversione a causa di emendamenti soppressivi o sostitutivi contenuti nella legge di conversione decadono con effetto *ex tunc*, la disciplina transitoria all'indomani della legge n. 55/2019 (di conversione del d.l. n. 32/2019) è così sintetizzabile:

- a) abrogazione del rito super-speciale per i processi iniziati a partire dal 18 giugno 2019;
- b) ultrattività del rito super-speciale per i processi iniziati fino al 17 giugno 2019.

Ma – per le ragioni già evidenziate – si tratta solamente dell'abrogazione di un rito processuale, la cui super-accelerazione creava disagi a magistrati e avvocati. Rimane invece fermo, sul piano del diritto sostanziale, l'obbligo delle stazioni appaltanti di adottare un "provvedimento" determinativo di ammissioni/esclusioni all'esito della valutazione dei requisiti partecipativi, di comunicarlo a tutti i candidati/concorrenti e di indicarvi "l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono

⁽⁶⁾ Cass., sez. III, ord. 6 marzo 2018, n. 5158; Cass., sez. III, 10 maggio 2016, n. 9386; Cass., sez. III, 26 maggio 2005, n. 11186; Cass., sez. I, 17 marzo 2000, n. 3106. Cfr. altresì Cons. Stato, sez. IV, 17 settembre 2004, n. 6173.

disponibili i relativi atti” preparatori (art. 76, comma 2-*bis*, del d. lgs. n. 50/2016, introdotto dall’art. 1, comma 1, lett. l), del d.l. n. 32/2019, divenuto art. 1, comma 20, lett. n) in sede di conversione). Solo che – e qui sta la novità (tutta processuale) – il contenzioso sulle altrui ammissioni (e sulle proprie esclusioni), all’esito della valutazione dei requisiti partecipativi, è ormai convogliato entro il rito speciale di cui all’art. 120 c.p.a., salva la *perpetuatio* del rito super-speciale per i processi iniziati fino al 17 giugno 2019.

Nei processi iniziati a partire dal 18 giugno 2019 la domanda giudiziale di annullamento dell’altrui ammissione (o della propria esclusione) è sottoposta al medesimo rito processuale cui soggiace la domanda giudiziale di annullamento dell’aggiudicazione (art. 120 c.p.a.): più non si porrà il delicato problema del cumulo di domande sottoposte a riti diversi, per il quale l’art. 32, comma 1, secondo periodo, c.p.a. non offriva una soluzione sicura, a fronte di due riti entrambi (speciali e) contemplati nel Titolo V del Libro IV del c.p.a.. Il problema è destinato a presentarsi ancora nei soli processi iniziati fino al 17 giugno 2019: per la sua soluzione rinvio a quanto scritto in altra occasione⁽⁷⁾.

Infine, al solo scopo di delimitare la portata dell’ultrattività dell’abrogato rito super-speciale di cui all’art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis*, c.p.a., resta da decifrare la locuzione “processi iniziati” a partire dal 18 giugno 2019 (art. 1, comma 23, del d.l. n. 32/2019, come risultante dalla legge di conversione n. 55/2019).

Nella vigenza dell’art. 1, commi 4 e 5, del d.l. n. 32/2019 (abrogazione del rito super-speciale per i “processi iniziati” a partire dal 19 aprile 2019), TAR Calabria, Reggio Calabria, 13 maggio 2019, n. 324, investito di un ricorso – notificato il 12 aprile e depositato il 19 aprile 2019 – contro un provvedimento di esclusione, nella sentenza resa ex art. 60 c.p.a. (all’esito di un’udienza camerale dell’8 maggio 2019) si è espresso – “a prescindere dal momento in cui nel processo amministrativo si determina la litispendenza”⁽⁸⁾ – nel senso dell’ultrattività del rito super-speciale, sul rilievo che, “ai limitati fini della norma transitoria [art. 1, comma 5, del d.l. n. 32/2019, in vigore al tempo della sentenza] e nell’ambito della disciplina speciale del rito appalti”, il processo è iniziato, “nell’ottica di chi agisce in giudizio”, con la

⁽⁷⁾ L. BERTONAZZI, *Limiti applicativi del nuovo giudizio di cui all’art. 120, comma 2-bis, c.p.a. e sua compatibilità con la tutela cautelare*, in questa *Rivista*, 2017, 722-732.

⁽⁸⁾ Momento che una regola pretoria di lunga tradizione, mai codificata, identifica con il deposito del ricorso già notificato.

notifica del ricorso introduttivo, e non con il suo successivo deposito⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾. Ciò in virtù: *a)* del ragionevole affidamento del ricorrente sulle disposizioni processuali in vigore al tempo della notifica del ricorso (interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina transitoria); *b)* della fissazione *ope legis* dell'udienza in camera di consiglio per la trattazione dell'eventuale domanda cautelare nel termine, dimezzato *ex art.* 119, comma 2, c.p.a., decorrente dalla data della notifica del ricorso (*art.* 55, comma 5, c.p.a.); *c)* dello *stand still* processuale di cui all'*art.* 32, comma 11, del d. lgs. n. 50/2016 (cfr. altresì l'*art.* 120, comma 4, c.p.a., che, laddove la stazione appaltante fruisca del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, prescrive la notifica del ricorso, "oltre che presso detta Avvocatura, anche alla stazione appaltante nella sua sede reale", "al solo fine dell'operatività" dello *stand still* processuale).

Alla luce dell'*art.* 1, comma 23, del d.l. n. 32/2019, come risultante dalla legge di conversione n. 55/2019, e della decadenza *ex tunc* dell'originario *art.* 1, comma 5, dello stesso d.l. n. 32/2019, ne deriva:

- a) l'abrogazione del rito super-speciale per i processi nei quali il ricorso introduttivo è notificato a partire dal 18 giugno 2019;
- b) l'ultrattività del rito super-speciale per i processi nei quali il ricorso introduttivo è notificato fino al 17 giugno 2019⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Si fa notare, *per incidens*, che, essendo nella specie l'esclusione maturata in sede di verifica dei requisiti post-aggiudicazione, non avrebbe dovuto trovare in radice applicazione il rito super-speciale, per le ragioni illustrate in altro scritto, cui sia permesso rinviare (L. BERTONAZZI, *Limiti applicativi*, cit., 720-722 e 725-727).

Altrettanto incidentalmente si osserva che la sentenza, in un *obiter dictum* (tale perché la controversia verteva su un provvedimento di esclusione), ritiene che l'abrogazione del rito super-speciale comporti il superamento dell'onere d'immediata impugnazione delle altrui ammissioni.

⁽¹⁰⁾ Quale che sia, ai ricordati fini, il momento di inizio del processo, l'esito cui addiuvare la sentenza (ultrattività del rito super-speciale) si rivela *ex post* corretto alla luce dell'*art.* 1, comma 23, del d.l. n. 32/2019, come risultante dalla legge di conversione n. 55/2019 (decadenza con effetto *ex tunc* dell'originario *art.* 1, comma 5, del d.l. n. 32/2019 e abrogazione del rito super-speciale per i processi iniziati a partire dal 18 giugno 2019).

⁽¹¹⁾ La Corte costituzionale non potrà pertanto esimersi dal pronunciarsi nel merito sulle questioni di legittimità costituzionale dell'*art.* 120, comma 2-*bis*, c.p.a. sollevate da TAR Puglia, Bari, sez. III, ord. 20 giugno 2018, n. 903 e ord. 20 luglio 2018, n. 1097, poiché l'abrogazione dell'*art.* 120, comma 2-*bis*, c.p.a. ad opera dell'*art.* 1, comma 4, del d.l. n. 32/2019, divenuto *art.* 1, comma 22, con la legge di conversione n. 55/2019, vale per i soli processi iniziati (*id est*, per i soli processi nei quali il ricorso è notificato) a partire dal 18 luglio 2019 (*art.* 1, comma 23, del d.l. n. 32/2019, come risultante dalla legge di conversione n. 55/2019 e *art.* 1, comma 3, della stessa legge n. 55/2019).

E' ormai superfluo sottolineare che il problema del diritto intertemporale si stempera grandemente per chi ritiene che l'abrogazione del rito super-speciale abbia lasciato intatto, sul piano del diritto sostanziale, l'obbligo delle stazioni appaltanti di adottare e comunicare a tutti i candidati/concorrenti un "provvedimento" recante le ammissioni e le esclusioni all'esito della valutazione dei requisiti partecipativi (art. 76, comma 2-*bis*, del d. lgs. n. 50/2016): "provvedimento" che, in quanto tale, non può non formare oggetto di un onere d'immediata impugnativa.

LUCA BERTONAZZI

ABSTRACT

Nel contributo si svolgono alcune riflessioni, a primissima lettura, sull'esatta portata dell'abrogazione del rito processuale c.d. super-speciale di cui all'art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis*, c.p.a. e sulla relativa disciplina transitoria.

Giurisdizione amministrativa – Rito processuale – Contratti pubblici – Procedura di affidamento – Ammissioni ed esclusioni.

Di più: l'eventuale dichiarazione d'incostituzionalità (di un onere di un ricorso precoce che potrebbe poi rivelarsi inutile, ché questa è, in estrema sintesi, la doglianza prospettata dal giudice *a quo*) si propagherebbe pure (ai sensi dell'art. 27, secondo periodo, della legge 11 marzo 1953, n. 27) all'odierno art. 76, comma 2-*bis*, del d. lgs. n. 50/2016, ivi introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. l), del d.l. n. 32/2019, divenuto art. 1, comma 20, lett. n), in sede di conversione in legge n. 55/2019.