

Attuali prospettive dell'onere di impugnazione degli atti di ammissione alla gara

Autore: Redazione

In: Diritto amministrativo

La disciplina relativa all'impugnazione dell'atto di ammissione alla gara è stata recentemente riformata dal **D.L. 18 aprile 2019, n. 32**, convertito con modificazioni dalla L. 14 giugno 2019, n. 55. Poiché **la vecchia disciplina resta applicabile ai processi iniziati prima dell'entrata in vigore della riforma del 2019**, persiste il rilievo di alcune riflessioni in ordine alla legittimità costituzionale della disciplina in discorso, recentemente confermata dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 5234/2019.

Per approfondire leggi anche "Il contenzioso su appalti e contratti pubblici" di Elio Guarnaccia.

Ammissione alla gara: il quadro normativo.

In linea di massima, volendo tracciare uno schema generale (che prescinde dai tratti peculiari di alcuni specifici tipi di procedure previsti dal Codice dei contratti pubblici), il procedimento di evidenza pubblica tende ad attraversare le seguenti tappe: (i) **determina a contrarre**; (ii) **pubblicazione del bando di gara** (o avviso di indizione della gara); (iii) **ammissione alla gara** dei concorrenti; (iv) **valutazione dei concorrenti e delle loro offerte**; (v) **aggiudicazione**; (vi) **verifica del possesso dei requisiti** ex art. 32, comma 2 e 33, comma 1, Codice dei contratti pubblici; (vii) **stipula del contratto e successivi controlli** ex artt. 32 comma 12 e 33, comma 2, Codice dei contratti pubblici.

Con specifico riferimento alla fase dell'ammissione alla gara menzionata sub (iii), **prima dell'intervento riformatore effettuato dall'art. 1, comma 20, lettera d), l. n. 55/2019**, il provvedimento di ammissione alla gara era menzionato all'**art. 29, comma 1, del Codice dei contratti pubblici**. In base a tale norma "al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, **il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico finanziari e tecnico professionali**. Entro il medesimo termine di due giorni è dato avviso ai candidati e concorrenti, con le modalità di cui all'art. 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale o strumento analogo negli altri Stati membri, di detto provvedimento, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. Il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di

cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione”.

Il vecchio disposto dell'art. 29, comma 1, del Codice dei contratti pubblici andava quindi letto necessariamente alla luce del **vecchio art. 120, comma 2-bis del c.p.a.** (anch'esso riformato nel 2019), che prevedeva 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”. Anche tale comma è stato abrogato dalla dal D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni dalla L. 14 giugno 2019, n. 55.

Tuttavia, la precedente normativa resta applicabile ai processi iniziati prima dell'entrata in vigore della riforma del 2019. Da ciò deriva il persistente rilievo di alcune riflessioni in ordine alla legittimità costituzionale della disciplina in discorso.

Dubbi di legittimità costituzionale del rito previsto dall'art. 120, comma 2-bis, c.p.a.

Dubbi di legittimità costituzionale sono stati sollevati sulla scorta della seguente considerazione: l'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. vanificherebbe **i principi di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale affermati dalla direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007** (di modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE) per i ricorsi contro gli atti di procedure di affidamento di contratti pubblici dalla direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007. Sarebbe inoltre inammissibilmente compresso il diritto di azione contro gli atti amministrativi, sancito dagli artt. 24 e 113 della Costituzione. Ciò in quanto, in forza dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., **l'onere di impugnare gli atti di gara viene anticipato alla fase di ammissione alla gara** dei concorrenti, nonostante sia incerto se essi diverranno poi aggiudicatari. Di contro, non sarà più possibile fare valere i vizi relativi alla medesima fase in via derivata rispetto all'atto conclusivo della procedura di gara. In altri termini, l'onere di impugnazione viene anticipato ad un momento in cui non sussisterebbe ancora in capo al ricorrente un interesse all'impugnazione degli atti di ammissione alla gara di altri, non potendo poi questi far valere i vizi dell'ammissione quando egli risulti effettivamente e concretamente leso dall'esito della procedura a lui sfavorevole.

Nonostante tali argomenti, in una recente occasione il Consiglio di stato, sulla scia delle precedenti statuizioni della **Corte di giustizia (ordinanza del 14 febbraio 2019, nella causa C-54/18, Cooperativa Animazione Valdocco)**, ha negato la fondatezza dei dubbi di legittimità costituzionale.

In particolare, il **Consiglio di Stato**, con sentenza n. **5234/2019**, ha ribadito che l'onere di impugnare l'ammissione alla gara di un concorrente è compatibile con il diritto europeo, giacché "non vi è contrasto tra il c.d. rito sulle ammissioni alla gara ed i principi di accessibilità ed efficacia dei ricorsi sanciti dagli artt. 1, par. 3, e 2 quater della direttiva 89/665, come modificati dalla sopra citata direttiva 2007/66, a **condizione che i provvedimenti emessi in tale fase siano accompagnati dall'esposizione dei motivi pertinenti**, così da garantire che gli interessati possano conoscere dei vizi di legittimità eventualmente verificatisi, ed anche se per effetto dell'inutile decorso del termine previsto per reagire in sede giurisdizionale ogni ulteriore contestazione sia preclusa". Rileva ancora il Consiglio di Stato che "Nell'interpretazione adeguatrice data dalla Corte di giustizia la disposizione di legge nazionale ora richiamata risulta infatti conforme anche con il diritto di azione nei confronti degli atti contro la pubblica amministrazione: infatti il ricorso non è impedito dalla previsione di un termine di 30 giorni rispetto ad un atto di cui si conoscano le sottostanti ragioni. A diversa conclusione non induce il fatto che l'eventuale accoglimento dell'impugnazione contro di esso non attribuirebbe al ricorrente l'utilità finale connessa alla procedura di gara. Infatti da un lato, l'accertamento di una causa di esclusione di un competitore per il medesimo contratto pubblico rappresenta comunque un vantaggio in vista del conseguimento del medesimo risultato ultimo; dall'altro lato si determina così un regime di relativa stabilità del provvedimento di aggiudicazione, con la preclusione a fare valere nei confronti dell'atto finale di gara eventuali vizi di fasi precedenti". Pertanto, si conclude, "la scelta legislativa non è ingiustificatamente lesiva del diritto a contestare in giudizio gli atti della pubblica amministrazione garantito dal combinato disposto dei più volte citati artt. 24 e 113 della Costituzione, ma costituisce un **ragionevole bilanciamento tra contrapposte esigenze dell'impresa partecipante e dell'amministrazione**".

Abrogazione dell'art. art. 120, comma 2-bis, c.p.a. e rapporti con il ricorso incidentale "escludente"

Si segnala che **l'introduzione dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. aveva sortito l'effetto di ridimensionare grandemente l'annosa questione relativa all'obbligo in capo al giudice amministrativo di decidere nel merito il ricorso principale** quando sia stato proposto ricorso incidentale "escludente" (cioè il ricorso incidentale con cui il vincitore della gara si difende impugnando l'atto di ammissione alla gara del ricorrente principale, con l'obiettivo di negare in suo capo la sussistenza della legittimazione ad agire). Questo tipo di difesa, infatti, risultava preclusa dall'obbligo di impugnare, a pena di decadenza, l'altrui ammissione ben prima dell'eventuale instaurazione del successivo giudizio avente ad oggetto l'aggiudicazione della gara.

Abrogato l'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., tale questione torna ad assumere massimo rilievo.

Sullo stesso tema ti suggeriamo di leggere anche "Ordine di esame dei ricorsi principali e incidentali nelle gare d'appalto con pluralità di concorrenti non evocati in giudizio".

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/attuali-prospettive-dellonere-di-impugnazione-degli-atti-di-ammissione-alla-gara/>