

Gli atti impugnabili nel contenzioso su appalti e contratti pubblici

Autore: Redazione

In: Diritto amministrativo

Quali sono gli atti impugnabili nell'ambito del contenzioso su appalti e contratti pubblici.

Il presente contributo sugli atti impugnabili nel contenzioso su appalti e contratti pubblici è tratto da "Il contenzioso su appalti e contratti pubblici" di Elio Guarnaccia.

La necessaria lesività immediata e diretta

L'individuazione degli atti della procedura di gara che devono essere impugnati rileva sotto il profilo dell'ammissibilità della domanda.

Infatti, l'atto della procedura di gara impugnato deve avere in sé una **lesività diretta ed attuale** rispetto alla posizione giuridica soggettiva del ricorrente, che lo legittima ad agire in giudizio, al fine di ottenere una pronuncia giurisdizionale che, rimuovendo l'atto lesivo ed i suoi effetti, gli arrechi un vantaggio.

È quindi sulla base di tali presupposti che deve essere valutata l'impugnabilità degli atti di una gara.

Atti non impugnabili

Innanzitutto, devono essere esclusi dal novero degli atti impugnabili tutti quegli atti che la legge stessa qualifica come non impugnabili. Si fa riferimento, in particolare, alla **proposta di aggiudicazione**, la cui impugnabilità, per espressa previsione dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., come modificato dall'art. 204 del nuovo codice dei contratti, è esclusa insieme a quella degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività.

Parimenti, deve essere escluso l'onere di impugnazione immediata dei **verbali delle sedute di gara**, poiché essi sono privi di contenuti lesivi in quanto interni ai procedimenti medesimi e, pertanto, sono inidonei a concretare una situazione di vantaggio nei confronti di alcuni o dei soggetti ammessi. Ciò, ovviamente, salve le prescrizioni del rito superaccelerato, di cui si dirà nel successivo capitolo.

Ti potrebbe interessare anche il seguente articolo: **“Le fonti secondarie in materia di appalti dopo lo Sblocca Cantieri: le sorti delle Linee guida ANAC ed il ritorno al Regolamento unico”**

Sulla impugnabilità del bando

Per quanto riguarda invece l'impugnazione del bando e del disciplinare di gara, bisogna distinguere a seconda che essi presentino una immediata lesività o meno. nel primo caso, infatti, il bando e il disciplinare di gara le cui clausole siano immediatamente lesive nei confronti del soggetto che intende partecipare alla gara fanno sorgere un onere di immediata impugnazione[1]. La giurisprudenza a tal proposito ha chiarito che nell'ambito di una gara d'appalto, l'onere di immediata impugnazione del bando o del disciplinare di gara sussiste solo in caso di clausole escludenti, tra cui quelle che impediscono la partecipazione alla gara. Altrettanto non può sostenersi per le **previsioni di lex specialis** che invece disciplinano la fase di valutazione delle offerte, atteso che la lesività di queste ultime si manifesta solo per effetto della successiva applicazione da parte della commissione di gara, per cui nessun onere di immediata impugnativa è configurabile prima di questo momento, sia che per effetto di tali clausole l'aggiudicazione sia disposta in favore di altri, sia che, in ragione delle medesime, una concorrente non raggiunga la soglia di sbarramento per la successiva valutazione delle offerte[2]. Ancora, non è stata ritenuta di immediata lesività la clausola che stabilisce il criterio del prezzo più basso dal momento che essa non preclude la partecipazione alla gara dell'impresa ricorrente, né le impedisce di formulare un'offerta concorrenziale. La lesività della sfera giuridica derivante dalla scelta del criterio contestato non può, infatti, essere percepita con la pubblicazione del bando ma è (in via eventuale) destinata ad attualizzarsi soltanto a seguito di un provvedimento successivo che renda concreto ed attuale l'interesse all'impugnazione, non potendo escludersi a priori che il ricorrente divenga aggiudicatario della gara.

In questo caso la giurisprudenza ha altresì chiarito le ipotesi in cui, non potendosi configurare una immediata lesività, non sussiste nemmeno un onere di impugnazione immediata, sostenendo che il suddetto onere non riguarda le modalità di valutazione delle offerte e di attribuzione dei punteggi, più in generale, le modalità di svolgimento della gara, la composizione della commissione giudicatrice[3].

Ove quindi non ricorra l'immediata lesività del bando e del disciplinare di gara, anche alla luce dei chiarimenti interpretativi circa la loro portata lesiva, si deve ritenere che l'impugnazione del bando e del disciplinare di gara debba avvenire **a valle della procedura**, insieme agli atti, questi sì lesivi, che di essi costituiscono applicazione[4].

Impugnabilità degli atti emanati nell'ambito della procedura di affidamento

Ci si chiede inoltre quale sia la rilevanza, ai fini dell'impugnabilità, degli atti emanati dalla stazione

appaltante nell'ambito di una procedura di affidamento, nella fase ancora precedente all'emanazione del bando e del disciplinare di gara.

Tali atti, a titolo esemplificativo, potrebbero essere **l'avviso pubblico per la manifestazione di interesse** ovvero **la determina a contrarre** che precede l'avvio della procedura di affidamento.

Quanto al primo, la giurisprudenza ha chiarito **l'inapplicabilità del rito speciale** in materia di appalti al giudizio di impugnazione, dal momento che la norma che disciplina il rito degli appalti è una norma speciale e peculiare, insuscettibile di essere applicata in via di interpretazione estensiva al caso di specie, atteso che gli atti impugnati attengono ad un avviso pubblico di manifestazione di interesse e non ad una procedura di gara in senso stretto[5].

Mentre per quanto riguarda l'impugnazione della determina a contrarre, è stata qualificata come un atto che non ha natura provvedimento ma **endoprocedimentale**, e quindi di regola inidoneo a costituire in capo a terzi posizioni di interesse qualificato. Il suo contenuto, che di norma attiene all'assunzione di impegni di spesa da parte dell'amministrazione nell'ambito del controllo e della gestione delle risorse finanziarie dell'ente pubblico, oltre che all'individuazione degli elementi essenziali del contratto e dei criteri di selezione degli operatori e delle offerte, è assorbito con efficacia nei confronti dei terzi nel bando di gara (o nella richiesta di offerta), perciò non è necessario che essa sia impugnata, mancando tale determina di un contenuto lesivo[6].

Quanto all'**aggiudicazione definitiva**, essa costituisce il provvedimento conclusivo del procedimento concorsuale ed è l'unico atto della procedura selettiva in relazione al quale sorge un onere di tempestiva impugnazione da parte dei concorrenti non aggiudicatari, con decorrenza dalla relativa comunicazione[7]. Pertanto, ove sia sopravvenuta all'impugnazione di atti ad essa precedenti, essa va comunque impugnata a pena di improcedibilità del ricorso precedentemente proposto[8].

Il presente contributo sugli atti impugnabili nel contenzioso su appalti e contratti pubblici è tratto da "Il contenzioso su appalti e contratti pubblici" di Elio Guarnaccia.

Note

[1] TAR Lombardia, sez. IV, 20 dicembre 2017, n. 2421; TAR Veneto, sez. I, 28 maggio 2018, n. 585.

[2] TAR Lazio, sez. I, 2 dicembre 2016, n. 12066; Consiglio di Stato, sez. V, 11 ottobre 2016, n. 4180.

[3] TAR Puglia, sez. III, 30 ottobre 2017, n. 1109.

[4] Consiglio di Stato, sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6711.

[5] TAR Veneto, sez. I, 15 gennaio 2016, n. 6; TAR Liguria, sez. II, 26 aprile 2012, n. 565.

[6] TAR Campania, sez. V, 5 settembre 2018, n. 5380.

[7] Consiglio di Stato, sez. V, 5 febbraio 2018, n. 726; Id. ad. plen., 31 luglio 2012, n. 31.

[8] TAR Lombardia sez. IV, 28 settembre 2018, n. 2174.

<https://www.diritto.it/gli-atti-impugnabili-nel-contenzioso-su-appalti-e-contratti-pubblici/>