

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 07/04/2017

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/39258-la-irricevibilit-del-ricorso-nel-nuovo-rito-super-speciale-in-materia-di-appalti>

Autore: Rumma Fabrizia

La irricevibilità del ricorso nel nuovo rito super-speciale in materia di appalti

LA IRRICEVIBILITÀ DEL RICORSO
NEL NUOVO RITO SUPER-SPECIALE IN MATERIA DI APPALTI
COMMENTO A SENTENZA

T.a.r. Napoli – Sez. VIII – 02.02.2017 – n. 696

Consiglio di Stato – Sez. V – 31.03.2017 n. 1501

A cura di Fabrizia Rumma

Avvocato del Foro di Salerno

Il D. lgs n. 50/2016 (nuovo codice dei contratti pubblici), ha introdotto all'art. 204, comma 1, lett. b), una nuova norma processuale in materia di affidamento.

È stato così aggiunto il comma 2bis all'art. 120 del codice del processo amministrativo attraverso cui viene regolata l'impugnazione dei provvedimenti di esclusione o ammissione emessi dalle Amministrazioni aggiudicatrici, la cui censura era prima possibile solo con l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione.

La *ratio* della previsione normativa – che poi si identifica con la denominazione di “rito super accelerato” – consiste proprio nel dirimere in un tempo ristrettissimo tutte le controversie che si vengono a creare prima dell'esame delle offerte, permettendo, così, una rapida ripresa e definizione della procedura di gara e dei soggetti ammessi.

In particolar modo, il nuovo comma detta che “*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 professionali¹ 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*

¹ Tali sono i criteri di selezione dei partecipanti ad una gara pubblica. L'articolo 83 comma 1 del nuovo codice appalti, infatti, afferma che i criteri di selezione riguardano esclusivamente 1) i requisiti di idoneità professionale, 2) la capacità economica finanziaria e 3) le capacità tecniche organizzative.

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 endoprocedimentali privi di immediata lesività.”

Recentemente, il T.a.r. Napoli, con decisione del 2.2.2017, ha dichiarato irricevibile² il ricorso proposto avverso un provvedimento di aggiudicazione perché in violazione del disposto previsto dal nuovo comma 2bis.

Nello specifico, la ricorrente non ha provveduto ad impugnare l'ammissione dell'ATI poi risultata aggiudicataria, notificando il ricorso dopo il termine di 30 giorni dalla pubblicazione del provvedimento di ammissione.

In particolare, afferma il T.a.r., *“l'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. prevede l'impugnativa immediata dei provvedimenti che determinano le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa. Per queste ipotesi il comma 6 bis dell'art. 120 c.p.a. delinea un rito "superspeciale", che va celebrato in camera di consiglio entro 60 giorni dalla notifica del ricorso, rendendolo applicabile esclusivamente ai casi di censura dei provvedimenti di ammissione ed esclusione dalla gara in ragione del possesso (o mancato) dei requisiti di ordine generale e di qualificazione per essa previsti e non per l'impugnazione del successivo provvedimento di aggiudicazione della gara (T.A.R. Campania Napoli, Sez. VIII, 19 gennaio 2017, n. 434). La previsione di un rito “superaccelerato” per l'impugnativa dei provvedimenti di esclusione ed ammissione è evidentemente volta, nella sua ratio legis, a consentire la pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione; ovvero, in sostanza, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione (parere Consiglio di Stato 1 aprile 2016, n. 855/2016).*

² Si ricorda che, a mente dell'articolo 35, comma 1, del c.p.a., il Giudice dichiara, anche d'ufficio, il ricorso: a) **irricevibile** se accerta la tardività della notificazione o del deposito; b) **inammissibile** quando è carente l'interesse o sussistono altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito; c) **improcedibile** quando nel corso del giudizio sopravviene il difetto di interesse delle parti alla decisione, o non sia stato integrato il contraddittorio nel termine assegnato, ovvero sopravvengono altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito.

*Al tempo stesso tale norma pone evidentemente un onere di immediata impugnativa dei provvedimenti in esame, a pena di decadenza, **non consentendo di far valere successivamente i vizi inerenti agli atti non impugnati.** In sostanza, una volta che la parte interessata non ha impugnato l'ammissione o l'esclusione **non potrà più far valere i profili inerenti all'illegittimità di tali determinazioni con l'impugnativa dei successivi atti della procedura di gara, quale, come nel caso di specie, il provvedimento di aggiudicazione. Nel caso di specie la parte ricorrente non ha impugnato, né con il ricorso introduttivo, né con quello per motivi aggiunti, l'ammissione della ditta risultata aggiudicataria, limitandosi a gravare l'atto di aggiudicazione della gara.** Inoltre, il ricorso introduttivo, contenente censure inerenti alla supposta illegittimità dell'ammissione dell'ATI, è stato notificato una volta che era già spirato il termine di 30 giorni dalla comunicazione dell'avvenuta ammissione, con conseguente irricevibilità, in ogni caso, del ricorso.”*

Statuire il contrario sarebbe risultato discordante con l'attuale disciplina. Difatti, il Legislatore, nel prevedere l'autonoma impugnabilità anche degli atti di esclusione/ammissione nel termine di 30 giorni, ha – di fatto – diminuito il numero dei potenziali ricorrenti.

Di guisa che, come nel caso di specie, colui che è stato ammesso alla procedura di gara ma poi risultato non aggiudicatario, non potrà far valere i vizi dell'ammissione del concorrente vincitore mediante l'impugnazione dell'aggiudicazione.

Per dirimere tali vizi, infatti, il Legislatore ha previsto un rito autonomo attraverso cui il soggetto deve impugnare (nel termine di 30 giorni) – come nel caso di specie - il provvedimento di ammissione della ditta poi risultata aggiudicataria.

Nel caso all'esame del Tar Napoli, tutte le censure del ricorso e dei motivi aggiunti si riferiscono a vizi inerenti la mancata esclusione dell'ATI aggiudicataria che, però, sarebbero dovuti essere fatti valere con il rito super speciale. In questo senso, il ricorso e i motivi aggiunti – non risultando

autonomi profili di illegittimità degli atti successivi all'ammissione – sono stati dichiarati del tutto irricevibili³.

Sarebbe stato diverso, infatti, il caso in cui il ricorso si fosse riferito **solo in parte** a vizi inerenti il provvedimento di ammissione della ditta aggiudicatrice, comportando, sicuramente, tale fattore, l'irricevibilità ed inammissibilità del ricorso nella parte in cui l'illegittimità sarebbe stata censurata per profili inerenti il provvedimento di ammissione dell'aggiudicataria.

In tale ipotetico caso, dunque, il giudizio si sarebbe definito nel merito delle pretese fatte valere sugli altri profili.

Il rito super- accelerato viene disciplinato anche dal comma 6bis: *“Nei casi previsti al comma 2bis, 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***

³ In particolare, si legge *“Peraltro, tutte le censure formulate con il ricorso introduttivo e con il ricorso per motivi aggiunti si riferiscono a profili inerenti alla mancata esclusione dell'ATI aggiudicataria, senza che sia dedotto alcun vizio che infici in via autonoma le fasi successive della procedura e il provvedimento finale di aggiudicazione. Il profilo di irricevibilità si palesa quindi sotto un duplice ma concorrente aspetto, in quanto il ricorrente avrebbe dovuto gravare il provvedimento di ammissione, che al contrario non è stato impugnato, e il ricorso avrebbe dovuto essere in ogni caso notificato entro il termine decadenziale di trenta giorni dalla comunicazione di quello stesso provvedimento di ammissione.”*

non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla sua pubblicazione.”

Il Legislatore, dunque, con tale ultima disposizione, ha introdotto una diversa disciplina processuale anche in materia di appello; ed infatti, per il rito super accelerato non si applica il termine lungo (che coincide con il termine dimezzato di 3 mesi) dalla pubblicazione della sentenza, bensì quello di 30 giorni sia in caso di notificazione che di pubblicazione della sentenza⁴.

Proprio su questo punto, è agevole riportare una recentissima sentenza con cui il Consiglio di Stato ha ritenuto **irricevibile** il ricorso proposto dall'Amministrazione aggiudicatrice in riforma della sentenza di I grado con cui il Tar Friuli ha annullato, tra gli altri, il provvedimento di esclusione della Società ricorrente (in I grado) per mancanza della capacità tecnico – organizzativa richiesta espressamente nel Disciplinare di Gara.

I Giudici di Palazzo Spada, accogliendo l'eccezione di tardività del ricorso in appello sollevata dalla Società controinteressata, hanno precisato che *“La norma in questione, introdotta nel corpo del Codice dall'art. 204 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, al fine di disciplinare il rito, definito **super-speciale** (allo scopo di sottolinearne la diversità con la disciplina processuale, già **speciale**, in materia di controversie relative a provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture), per l'impugnazione delle ammissioni ed esclusioni dalle gare, prevede che **«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»**. [...] Occorre a questo riguardo considerare che, in via generale, la comunicazione della sentenza coincide proprio con la comunicazione alle parti costituite, da parte del segretario, dell'avvenuto deposito della stessa, come si desume dall'art. 89, comma 3, Cod. proc. amm., la cui rubrica è, appunto, “pubblicazione e comunicazione della sentenza”. [...] A*

⁴ I termini ordinari per proporre impugnazione sono delineati nell'articolo 92 del c.p.a., e sono: 60 giorni dalla notificazione della sentenza, 6 mesi dalla pubblicazione in difetto di notifica. Nel rito super speciale introdotto dal Dlgs n.50/2016, invece, si applica il termine unico dimezzato di 30 giorni dalla pubblicazione o notificazione della sentenza. Per il rito speciale appalti, invece, si continua ad applicare il disposto dell'art. 120 e cioè – 30 giorni dalla notificazione, - 3 mesi dalla pubblicazione.

*conferma delle considerazioni che precedono, va considerato che la tesi dell'appellante non persuade sul piano sistematico neppure laddove allega che, non essendo intervenuta l'integrale comunicazione della sentenza, dovrebbe, nella fattispecie in esame, farsi applicazione del termine lungo dimidiato, di cui all'art. 119 Cod. proc. amm. Tale possibilità è infatti **espressamente preclusa dal successivo art. 120, comma 6-bis, secondo cui nel rito super-speciale non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla pubblicazione della sentenza.** Il che è peraltro perfettamente ragionevole e compatibile con la **ratio fortemente acceleratoria** che caratterizza il regime processuale delle esclusioni ed ammissioni ai procedimenti di gara.”.*

Con tale decisione, dunque, il Consiglio di Stato non ha lasciato alcun margine interpretativo al disposto del comma 6bis, di modo che in materia di rito super speciale la notifica dell'appello deve essere obbligatoriamente effettuata entro il termine di 30 giorni dalla pubblicazione/comunicazione o dalla notificazione della sentenza.

Di non poca rilevanza è, poi, il concetto di comunicazione e/o pubblicazione della sentenza. In tal senso, la Sez. V ha precisato che nei giudizi amministrativi la comunicazione di avvenuto deposito della sentenza, che la Segreteria invia a mezzo p.e.c. agli Avvocati costituiti/domiciliatari, coincide con la integrale conoscenza della stessa.

Sarà, infatti, cura degli interessati, reperire il testo intero della decisione – pubblicata quello stesso giorno - sul sito giustizia-amministrativa.it.

E dal giorno della comunicazione/pubblicazione decorrerà il *dies a quo* per la proposizione dell'appello, decorso il quale il ricorso sarà ritenuto tardivo e quindi irricevibile.