

Ammissione/esclusione dei concorrenti dalla gara, fra le mobili frontiere dei termini per proporre ricorso giurisdizionale e l'interesse ad agire¹

Dell'avv. Arrigo Varlaro Sinisi

1. La notifica del ricorso

Il “nuovo” Codice dei contratti pubblici introduce, all’art. 204, talune significative novità sul rito processuale amministrativo in tema di appalti. Per ciò che rileva in questa sede, si osserva che la predetta norma individua il termine per impugnare il provvedimento di “esclusione” o di “ammissione” dei concorrenti dalle procedure di affidamento.

Tale norma, come vedremo, deve essere letta in coordinato con quelle del Codice degli appalti, in materia di “trasparenza” (art.29) e di “informazioni” (art.76).

Procediamo con ordine.

L’art. 204, dopo aver introdotto un mero affinamento lessicale all’art. 120 comma 1 del codice del processo amministrativo², dispone che al medesimo articolo 120 sia introdotto il comma 2-*bis*, secondo il quale “***Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le***

¹ In corso di pubblicazione sulla rivista Appaltiecontratti ed. Maggioli.

² All’art. 120 c. 1 del c.p.a., le parole nonché i connessi provvedimenti dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, sono sostituiti dalle parole “*nonché i provvedimenti dell’Autorità nazionale anticorruzione ad essa riferiti*”.

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. E' altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività.”

Il richiamato art. 29 (rubricato “*principi in materia di trasparenza*”) comma 1, del “nuovo” Codice appalti, prevede, tra l’altro, che “***Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati*** (sul profilo del committente, n.d.r.), ***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 delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali.***”

In altre parole – ed è questa una novità significativa – chi intenda impugnare un provvedimento di “ammissione” di un altro concorrente, ovvero quello della propria “esclusione”, deve proporre ricorso giurisdizionale nel termine di trenta giorni dalla data della pubblicazione di detto provvedimento sul sito della stazione appaltante.

Senonché, il successivo art. 76 comma 3, stabilisce che, contestualmente alla pubblicazione prevista dall’art. 29 comma 1 sopra citato, “***è dato avviso ai concorrenti, mediante PEC o strumento analogo negli altri Stati membri, del 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, **indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti.***”

I concorrenti, dunque, saranno portati a conoscenza del provvedimento di esclusione dalla gara, o di quello di ammissione degli altri concorrenti, non solo perché detto provvedimento sarà pubblicato sul profilo informatico della stazione appaltante, ma anche per il fatto che lo stesso sarà comunicato e messo loro a disposizione dalla stazione appaltante.

Tale comunicazione, a norma del comma 5 del citato art. 76, deve essere effettuata **entro cinque giorni** dalla data di adozione del provvedimento medesimo.

Orbene, al di là di un'apparente incongruenza tra il termine previsto per la pubblicazione, sul profilo informatico della stazione appaltante, dei provvedimenti di cui trattasi, sancito all'art. 29 comma 1 summenzionato (ossia, entro due giorni dalla data della loro adozione) ed il termine massimo previsto al comma 5 dell'art. 76 (cinque giorni dalla data di adozione del provvedimento medesimo), entro il quale la stazione appaltante deve comunicare ai concorrenti, tra l'altro, la loro eventuale esclusione dalla gara, la questione che si pone è quale sia il *dies a quo* dal quale far decorrere il termine per proporre una eventuale impugnativa del provvedimento ritenuto lesivo.

In particolare, il dilemma è se il termine di trenta giorni per proporre detta impugnativa decorra effettivamente (come prevede l'art. 120 c.p.a., come modificato dall'art. 204 del “nuovo” Codice appalti) dalla data di pubblicazione dei provvedimenti di ammissione/esclusione sul sito del

profilo informatico della stazione appaltante, ovvero se tale termine decorra da quando i medesimi provvedimenti sono comunicati ai concorrenti, ovvero ancora da quando i concorrenti saranno a conoscenza dei motivi che la stazione appaltante ha posto a fondamento dei provvedimenti ritenuti lesivi.

Al riguardo, si rileva che nel recente passato, in giurisprudenza, si è andato affermando un orientamento secondo il quale il termine per impugnare un provvedimento di gara ritenuto lesivo decorre dalla data in cui il concorrente/potenziale ricorrente è stato messo in condizione di avere una “effettiva conoscenza” dei motivi e delle ragioni che hanno indotto la stazione appaltante ad adottare il provvedimento in questione (*ex pluribus* Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2016, n. 408, 18 gennaio 2016, n. 119, 6 maggio 2015, n. 2274, 24 marzo 2014, n. 1438, 14 maggio 2013, n. 2614; sez. VI, 14 marzo 2014, n. 1296, 11 febbraio 2013, n. 896).

In tal senso, il concetto di “effettiva conoscenza” implica, non solo la percezione dell'esistenza di un provvedimento amministrativo, ma anche la cognizione dei suoi elementi essenziali e, soprattutto, la sua portata dispositiva e gli aspetti che rendono **evidente la lesività della sfera giuridica del potenziale ricorrente** (cfr. TAR Lazio Sez. II Ter 5 maggio 2016, n.5268; Cons. Stato, sez. V, 7 agosto 2015, n. 3881; TAR Lazio, Roma, sez. II, n. 8697 del 2015).

Sulla base di tali principi, i giudici amministrativi, con riferimento al termine di trenta giorni per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione, hanno affermato che lo stesso non decorre sempre dal momento della comunicazione, di cui ai commi 2 e 5 dell'articolo 79 del D.Lgs n. 163/2006 ma può essere *«incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto (che si ritenga) leso dall'aggiudicazione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di*

illegittimità (laddove questi non fossero oggettivamente evincibili dalla richiamata comunicazione e – comunque – entro il limite dei dieci giorni che il richiamato comma 5-quater fissa per esperire la particolare forma di accesso - semplificato ed accelerato - ivi disciplinata» (Cons. Stato Sez. VI 1 aprile 2016, n.1298, che, in motivazione, richiama Cons. Stato, Sez. III, n. 5830 del 25 novembre 2014, Sez. III n. 4432 del 28 agosto 2014, Sezione V, n. 864 del 10 febbraio 2015).

Alla luce di tali considerazioni, la previsione dell'art. 204 del “nuovo” Codice appalti (e, quindi, dell'art. 120 c.p.a.) nel prevedere che il termine per l'impugnativa del provvedimento di ammissione di altri concorrenti, ovvero di esclusione, decorre dalla data della relativa pubblicazione sul profilo informatico della stazione appaltante, non appare in linea con i richiamati arresti della giurisprudenza amministrativa, oltre che di quella comunitaria (cfr. Corte di Giustizia UN V Sezione, 8 maggio 2014, in causa C-161/13) secondo i quali, si ripete, il termine per proporre il ricorso giurisdizionale decorre dalla data in cui il ricorrente ha avuto “effettiva conoscenza” del provvedimento ritenuto lesivo.

Peraltro, mentre il sopra richiamato art. 79 comma 5-*quater* del D.lgs n. 163/2006 disponeva che, a seguito della comunicata aggiudicazione, gli interessati potevano prendere visione della documentazione di gara nel termine di dieci giorni dalla data di invio della comunicazione del provvedimento di aggiudicazione/esclusione, un'analoga previsione non è contenuta nel “nuovo” Codice appalti.

La questione non è priva di rilevanza, atteso che la giurisprudenza prendeva in considerazione questi dieci giorni, ai fini della decorrenza del termine per proporre ricorso giurisdizionale. Giorni che si sommavano ai trenta previsti dal codice del processo amministrativo per la proposizione. Tuttavia, la stessa

giurisprudenza non applicava i quaranta giorni in modo automatico, ma li riduceva *in peius* soltanto quando vi fosse la prova che l'accesso era stato effettuato in data antecedente ai dieci giorni concessi dall'art.79, comma 5-quater del D.lgs. n. 163/2006 (in tal senso, TAR Lombardia Milano 3 gennaio 2016, n. 52 che, in motivazione, richiama Cons. Stato, sent. n. 4432/2014).

Il “nuovo” Codice, invece, si limita a prevedere (art. 76 comma 3 ultima parte) che la stazione appaltante, nel comunicare l'esclusione o l'ammissione, indica l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. Nulla dice circa la durata del tempo in cui tali documenti saranno disponibili, né quando e dove gli stessi saranno visionabili.

Ebbene, al di là dell'ipotesi in cui i documenti siano scaricabili telematicamente (certamente è onere dell'interessato acquisirli quanto prima e, quindi, se possibile, anche contestualmente all'avvenuta comunicazione), più complessa appare l'altra ipotesi, ossia quando i documenti saranno visionabili presso un ufficio della stazione appaltante. Occorre tener conto, infatti, che l'interessato dovrà domandare (per scritto ? nell'accesso regolato dall'art. 79 comma 5-quater, non era richiesto) quando, dove e che ora potrà recarsi per prendere visione della documentazione di interesse. E' agevole presumere che in una tale circostanza, l'interessato potrà conoscere il contenuto degli atti e provvedimenti ritenuti lesivi, solo in un momento successivo alla loro pubblicazione o comunicazione. Anche in questo caso resterà la decorrenza del termine per impugnare sarà calcolata come previsto all'art. 204 del Codice appalti ?

Qualche dubbio lo abbiamo. Ancora una volta, dunque, stante la poca chiarezza del dato normativo, spetterà alla giurisprudenza, anche sulla scorta della giurisprudenza formatasi sul concetto di “effettiva conoscenza”, fare chiarezza circa il *dies a quo* per proporre ricorso avverso un provvedimento di esclusione o di ammissione, di cui all’art. 204 del Codice appalti.

C’è poi un’altra e diversa questione che si pone nell’interpretazione delle sopra richiamate norme del “nuovo” Codice.

Ovvero, se sia ammissibile l’impugnazione di un provvedimento di “ammissione” di un altro concorrente, all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, prima di conoscere quale sarà la graduatoria di gara (anche solo provvisoria) e, quindi, prima di apprendere dove, in tale ambito, si andrà a collocare sia l’offerta del potenziale ricorrente, sia e soprattutto quella del concorrente del quale si intende contestare l’ammissione.

Per un principio pacifico - peraltro immanente nel codice del processo amministrativo - la legittimazione ad impugnare un provvedimento amministrativo deve essere direttamente correlata alla situazione giuridica sostanziale che si assume lesa dal provvedimento e postula l’esistenza di un interesse attuale e concreto all’annullamento dell’atto. Diversamente, il ricorso è inammissibile (*ex multis* Cons. Stato, sez. IV, 13 dicembre 2012, n. 6411).

Quale può essere l’interesse attuale e concreto di un concorrente ad impugnare l’ammissione di un altro concorrente, in un momento in cui non si conosce la graduatoria di gara?

Con ogni probabilità, anche in questo caso sarà la giurisprudenza a dover illuminare gli operatori del settore.