

Convegno
Il Correttivo al Codice dei Contratti Pubblici:
novità e criticità
(Avv. Daniela Anselmi)

Art. 204 D.lgs. n. 50/2016: cosa manca dopo il correttivo

1) Le previsioni del codice e le criticità emerse

Come è noto, l'art. 204 del D.lgs. n. 50/2016 ha introdotto una serie di modificazioni all'art. 120 del c.p.a. così sinteticamente riassumibili:

- i provvedimenti che determinano le esclusioni e le ammissioni alla procedura di gara, ad esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico professionali, devono essere impugnati entro il termine di 30 giorni decorrente dalla loro pubblicazione sul profilo del committente;
- l'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti della procedura;

- è inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione e degli altri atti endoprocedimentali privi di lesività;
- per i giudizi promossi avverso i provvedimenti di esclusione e di ammissione è previsto un rito specialissimo in camera di consiglio, con termini ed adempimenti di diversi dal rito speciale in materia di appalti, disciplinato dagli artt. 119 e 120 del c.p.a.;
- la proposizione di motivi aggiunti avverso gli atti successivi della procedura di gara sembrerebbe esclusa nel caso di impugnazione degli atti di esclusione e/o ammissione.

La norma in esame, al di là delle condivisibili perplessità sollevate dall'avvocatura sulla *ratio* di una disposizione che impone, al fine di non incorrere in decadenza, un'impugnativa generalissima e generalista sulle ammissioni di tutti i concorrenti ad una gara in una fase in cui ancora non si è concretato al riguardo alcun interesse a ricorrere, presenta diverse criticità.

Esse sono così sinteticamente riassumibili:

- manca uno *stand still* per le impugnazioni dei provvedimenti di ammissione ed esclusione. Una previsione di questo tipo eviterebbe di far avanzare la procedura di gara fino all'aggiudicazione, con tutte le complicazioni derivanti dall'applicazione dei due riti diversi;

- l'estensione di questo istituto eviterebbe, poi, nel caso di mancata sospensione dell'esclusione/ammissione o comunque di mancato blocco temporaneo della procedura di gara, l'applicazione dell'ultimo comma dell'art. 95 (comma 15) del D.Lgs n. 50/2016, che renderebbe *inutiliter data* ogni eventuale pronuncia di ammissione/esclusione, intervenuta dopo la fase di ammissione, regolarizzazione od esclusione delle offerte;
- non ha senso escludere la proposizione di motivi aggiunti avverso l'atto di aggiudicazione nell'ambito di un ricorso principale già proposto avverso un atto di ammissione e/o esclusione, posto che nell'ambito degli appalti vale la regola, che risponde ad obiettivi di celerità e concentrazione, della necessaria proposizione di motivi aggiunti avverso tutti gli atti di una procedura di gara. A questo riguardo si sono già delineati due orientamenti giurisprudenziali (TAR Campania-Napoli 19/1/2017 n. 434 a favore della proposizione di motivi aggiunti, mentre di contrario avviso risulta il TAR Lazio con la pronuncia 20/1/2017 n. 1025);
- correlata al punto che precede è la tematica riguardante l'applicabilità dei due diversi riti, specialissimo e speciale: è evidente che se prevale l'orientamento a mente del quale devono proporsi due distinti ricorsi avverso gli atti di ammissione e/o

- esclusione e la susseguente aggiudicazione, la questione non si pone; per l'ipotesi, invece, in cui si ritenga ammissibile la proposizione di motivi aggiunti, dovrebbe allora prevalere il rito speciale ordinario (cfr. TAR Puglia Bari Sez. I, 7/12/2016 n. 1367 che richiama a sostegno del proprio assunto l'art. 32 del c.p.a. che nell'ipotesi di azioni soggette a riti diversi, afferma la prevalenza del rito abbreviato a quello ordinario allorquando una delle domande rientri nell'ambito di applicazione degli artt. 119 e ss. del c.p.a.);
- un altro profilo meritevole di riflessioni è se abbia senso mantenere l'obbligo di previa impugnazione delle ammissioni ed esclusioni nel caso che il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso (laddove, ovviamente, ammissibile). Spesso con il criterio del prezzo più basso la seduta è unica (verifica della documentazione amministrativa, apertura offerte economiche ed aggiudicazione). O si stabilisce l'obbligo di due sedute separate, oppure non ha senso il comma 2 bis dell'art. 120 per tale tipo di gara;
 - al fine di rendere operativa la disposizione contenuta nell'art. 120, comma 2 bis ed evitare la proposizione di ricorsi "*al buio*", si rende necessaria una disciplina in tema di accesso agli atti (ora

non più presente nel nuovo codice dei contratti, posto che non è stato riprodotto il disposto dell'art. 79, comma 5, contenuto nel D.lgs n. 163/2006).

Tutte queste riflessioni e proposte sono state tradotte in un documento predisposto da UNAA.

2) Il parere del Consiglio di Stato del 22 marzo 2017

Il Consiglio di Stato, in sede consultiva sul correttivo, ha condiviso in parte le sopramenzionate criticità.

In particolare il Supremo Consesso ha ritenuto che il rito superaccelerato previsto per le impugnazioni delle esclusioni/ammissioni dovrebbe essere escluso:

- per le procedure di gara che si svolgono informaticamente;
- per le procedure d'urgenza;
- per le procedure con il criterio del prezzo più basso.

Un altro intervento sul correttivo suggerito dal Consiglio di Stato ha riguardato l'acquisibilità della piena conoscenza degli atti di ammissione ed esclusione e ciò in relazione sia all'obbligo di motivazione dei suddetti provvedimenti (non previsto nel codice), sia alla necessità di garantire l'accesso agli stessi in modo spedito, efficace e completo, proprio al fine di evitare i cosiddetti ricorsi "*al buio*".

Infine, anche il Consiglio di Stato ha evidenziato che una delle maggiori criticità attiene al cumulo dei ricorsi (o di motivi aggiunti) contro le ammissioni/esclusioni e contro l'aggiudicazione, con tutte le problematiche relative alla conversione dei riti ed all'applicabilità dell'art. 95, comma 15 del codice dei contratti pubblici.

La soluzione suggerita è stata l'introduzione di uno *stand still*, con la possibilità, in caso di gare urgenti, che la stazione appaltanti possa chiedere al giudice la sospensione del medesimo.

3) Le soluzioni adottate dal correttivo

Il correttivo non ha praticamente accolto quasi nessuna delle proposte di modifica formulata dal Consiglio di Stato e dagli *stakeholders*.

Vi è una modifica/integrazione comunque molto importante, inserita dopo il secondo periodo del primo comma dell'art. 29 che recita testualmente: *“Entro il medesimo termine di due giorni è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'articolo 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”.

Conseguentemente con tale previsione si è posto rimedio al problema dell’accessibilità agli atti di ammissione/esclusione nonché ai ricorsi “*al buio*”, posto che il termine di impugnazione decorre solo dal momento in cui gli atti sono messi a disposizione del concorrente e siano comunque motivati.

La norma certamente elimina uno dei *vulnus* più macroscopici contenuti nella prima versione del codice, che faceva decorrere il termine di impugnazione addirittura dalla semplice pubblicazione dell’elenco dei soggetti esclusi e/o ammessi alla gara.

Si profilano, peraltro, altre criticità in quanto non è stato previsto in un primo luogo un termine entro il quale la stazione appaltante deve rendere disponibili i provvedimenti motivati.

Facciamo un esempio concreto.

Poniamo che la stazione appaltante renda disponibili i provvedimenti entro trenta giorni dalla loro pubblicazione, ai sensi della L. n. 241/1990.

Nel frattempo, nello spazio temporale tra l’acquisizione dei documenti e l’eventuale proposizione del ricorso avverso agli atti di

ammissione e/o esclusione, la stazione appaltante prosegue nella procedura di gara, pervenendo anche all'aggiudicazione.

In tal caso, si presentano ancora più marcate le criticità evidenziate nel primo paragrafo, posto che il concorrente, stante il disposto dell'art. 120, comma 7 del c.p.a. e la diversità dei riti previsti, dovrà presentare due ricorsi distinti avverso, rispettivamente, i provvedimenti di ammissione e/o esclusione ed avverso l'aggiudicazione, il che pare francamente assurdo e contrario ai principi di celerità e concentrazione che contraddistinguono il rito appalti.

Tutto ciò evidenzia una volta di più, a sommosso avviso di chi scrive, che non dovrebbero esserci preclusioni a proporre con un unico ricorso l'impugnazione degli atti sopramenzionati.

Non è stato, introdotto alcuno *stand still* "processuale" per le impugnazioni delle esclusioni e/o ammissioni che, peraltro, per tale ipotesi non servirebbe granché, in quanto se si potesse impugnare gli atti di ammissione e/o esclusione nonché l'aggiudicazione contestualmente, scatterebbe comunque lo *stand still* già previsto dall'ordinamento in caso di aggiudicazione.

L'unico rimedio concreto sarebbe quello di prefigurare uno *stand still* analogo a quello previsto in ordine alla stipulazione del

contratto, che non può avvenire, come è noto, prima di 35 giorni decorrenti dall'ultima comunicazione dell'esito della gara ai concorrenti (disposizione che risponde, peraltro, ad un preciso obbligo previsto nella direttiva ricorsi 2007/66/CE, che modifica ed integra direttiva 89/665/CEE, cfr. art. 2 bis).

In concreto occorrerebbe che la stazione appaltante, visto che non vi sono termini entro i quali deve mettere a disposizione i documenti, se non quelli generali previsti dalla L.n. 241/1990, non possa proseguire la gara fino a che tali documenti non siano accessibili.

È chiaro che ciò potrebbe alimentare e configurare altre problematiche che vieppiù dimostrano come la nuova impugnazione introdotta dall'art. 204 comporti più svantaggi che benefici.

La soluzione che dovrebbe essere perseguita, a mio avviso, in quanto si profilerebbe meno gravida di conseguenze negative, dovrebbe essere la seguente:

- introdurre un termine massimo (10 giorni) entro cui la stazione appaltante deve consegnare i documenti ai concorrenti che ne facciano richiesta;
- introdurre comunque uno *stand still* per l'impugnazione degli atti di ammissione e/o esclusione;

- abrogare in ogni caso l'art. 95, comma 15, per evitare che le impugnative ex art. 204, se non decise giurisdizionalmente prima che sia intervenuta l'aggiudicazione, possano essere vanificate dall'aggiudicazione medesima.