

## Decorrenza termini di ammissione alla gara: il TAR rimette la norma alla Corte di giustizia UE

29/01/2018



La normativa nazionale impone all'operatore che partecipa ad una procedura di gara di impugnare l'ammissione/mancata esclusione di un altro soggetto entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento con cui viene disposta l'ammissione/esclusione dei partecipanti e preclude all'operatore economico di far valere, a conclusione del procedimento, anche con ricorso incidentale, l'illegittimità degli atti di ammissione degli altri operatori, in particolare dell'aggiudicatario o del ricorrente principale, senza aver precedentemente impugnato l'atto di ammissione nel termine suindicato.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, con **Ordinanza 17 gennaio 2018, n. 88**, ha rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione Europea le questioni relative alle suddette norme che andrebbero in contrasto con la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli artt. 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva.

Come sottolineato dai giudici del TAR, il rito di cui all'art 120 comma 2 bis del codice di procedura amministrativa obbliga l'operatore economico ad impugnare le ammissioni di tutti i concorrenti alla gara, senza sapere ancora chi sarà l'aggiudicatario e, parimenti, senza sapere se lui stesso si collocherà in graduatoria in posizione utile per ottenere e/o contestare l'aggiudicazione dell'appalto. Si impone quindi al concorrente di promuovere l'azione giurisdizionale senza alcuna garanzia che detta iniziativa possa garantirgli una concreta utilità, facendo carico anche all'operatore che abbia presentato un'offerta risultata poi non competitiva in esito alla selezione, di assumere gli oneri connessi all'esperimento immediato del giudizio, ossia di promuovere un ricorso inutile e non efficace.

Secondo il TAR, la violazione ai principi comunitari si ravvisa in quanto l'attuale sistema impone a ogni ditta concorrente di:

- impugnare il provvedimento di ammissione di tutte le altre ditte partecipanti;
- proporre il relativo ricorso in una fase del procedimento in cui la cognizione dei documenti di gara degli altri concorrenti è resa problematica dalla disciplina dettata nell'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016, che al comma terzo vieta di comunicare o comunque di rendere noti gli atti di gara, l'accesso ai quali è differito all'aggiudicazione e, al suo comma quarto, rende punibile, ai sensi dell'art. 326 c.p. (rivelazione di segreti d'ufficio), la condotta del pubblico ufficiale o degli incaricati di pubblico servizio (endiadi in cui sono compresi tutti i funzionari addetti alla procedura di gara) inosservante del divieto. La cogenza di tale incondizionato divieto, oltre a porre questioni di coordinamento con l'art. 29 cit., lascia prevedere una giustificata ritrosia dei soggetti responsabili della procedura a rendere ostensibile, oltre al provvedimento di ammissione, la documentazione amministrativa dei concorrenti, costringendo gli operatori a proporre ricorsi "al buio" ovvero, come confermato dalle già numerose pronunce intervenute sul punto, a presentare ulteriori ricorsi per l'accertamento del diritto di accesso alla documentazione necessaria per la proposizione del ricorso ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a.;
- formulare censure avverso ogni atto di ammissione, per evitare di incorrere nell'inammissibilità di un ricorso cumulativo (ogni ammissione potrebbe risultare affetta da vizi propri e distinti rispetto all'altra, con diversità oggettiva e soggettiva per ogni ricorso), con la necessaria proposizione di tanti ricorsi quante sono le ditte ammesse e quindi con la conseguenza di dover versare il contributo unificato per ogni ricorso (può dirsi acclarata la funzione dissuasiva all'azione giurisdizionale indotta dal cumulo di tributi giudiziari dovuti in caso di impugnazione separata degli atti di ammissione e di aggiudicazione nell'ambito della stessa procedura di gara).

Risulta netto il contrasto con il principio di effettività sostanziale della tutela assicurata dalla direttiva recepita (89/665), laddove prevede una decadenza di motivi ricorsuali deducibili nel momento in cui l'esigenza di tutela soggettiva diviene concreta ed attuale, cioè con l'aggiudicazione.

La normativa nazionale, imponendo a tutti i concorrenti di far valere le cause di esclusione mediante l'immediata contestazione degli atti di ammissione alla gara, sanzionando la decadenza dalla possibilità di contestare l'ammissione dei concorrenti stessi al momento della formazione della graduatoria e dell'aggiudicazione dell'appalto, priva l'aggiudicatario del rimedio del ricorso incidentale da opporre a chi contesti l'aggiudicazione senza possedere i requisiti di ammissione alla gara.

Al contempo ancora più grave, è il rischio che l'operare del nuovo meccanismo preclusivo finisca per rendere inattaccabili aggiudicazioni disposte in favore di soggetti privi dei requisiti di partecipazione, posti a presidio della corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali. Il TAR ritiene un tale esito contrastare anche, e soprattutto, con quella che è l'esigenza sottesa a tutta la regolamentazione europea e nazionale in materia di appalti pubblici: e cioè l'esigenza di assicurare che le commesse pubbliche vengano affidate al soggetto maggiormente idoneo, esigenza alla quale il confronto concorrenziale è funzionale e che inevitabilmente rimarrebbe frustrata ove si consentisse, in forza di quello che è un meccanismo di natura meramente processuale, di tenere ferma l'aggiudicazione pronunciata a favore di un aggiudicatario che risulti non possedere i requisiti di partecipazione alla gara.

In conclusione, il TAR ritiene di dover sottoporre all'esame della Corte di Giustizia dell'Unione Europea i due seguenti quesiti:

- se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli artt. 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, ostino ad una normativa nazionale, quale l'art. 120 comma 2 bis c.p.a, che, impone all'operatore che partecipa ad una procedura di gara di impugnare l'ammissione/mancata esclusione di un altro soggetto, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento con cui viene disposta l'ammissione/esclusione dei partecipanti;
- se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli artt. 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, osti ad una normativa nazionale quale l'art. 120 comma 2 bis c.p.a, che preclude all'operatore economico di far valere, a conclusione del procedimento, anche con ricorso incidentale, l'illegittimità degli atti di ammissione degli altri operatori, in particolare dell'aggiudicatario o del ricorrente principale, senza aver precedentemente impugnato l'atto di ammissione nel termine suindicato.

A cura di **Redazione LavoriPubblici.it**

© Riproduzione riservata

**Documenti Allegati**

**Ordinanza 17 gennaio 2018, n. 88**