

Novità in materia di contenzioso nelle gare d'appalto

Roma, 19 luglio 2017

Avv. Elio Leonetti



Le fasi della procedura di gara

- Adozione della **determina a contrarre** (con individuazione degli elementi essenziali del contratto e dei criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte)
- Pubblicazione del **bando di gara**
- Svolgimento della fase amministrativa e pubblicazione del **provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni** ad esito della valutazione delle dichiarazioni («documentazione attestante») sui requisiti soggettivi (requisiti di ordine generale; economico-finanziari e tecnico-professionali) > la stazione appaltante deve indicare l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti.
- svolgimento della **fase di valutazione** delle offerte tecniche e/o economiche
- adozione della **proposta di aggiudicazione**
- approvazione della proposta di aggiudicazione ed adozione del **provvedimento di aggiudicazione** (che deve essere comunicato ai concorrenti)
- **stipula del contratto** (non prima di 35 giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione: c.d. termine di *stand still*)



Il contenzioso sugli appalti nel codice del processo amministrativo

- Il d.lgs. n. 104/2010 (Codice del Processo amministrativo) prevede un rito speciale (c.d. rito accelerato) in materia di procedure di affidamento di appalti pubblici, con termini abbreviati (artt. 119 e ss. c.p.a.) > definizione del giudizio in tempi rapidi anche con sentenza in forma semplificata ad esito della camera di consiglio per la discussione dell'istanza cautelare
- Gli atti delle procedure di affidamento relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, nonché i provvedimenti dell'Autorità nazionale anticorruzione ad essi riferiti, sono impugnabili unicamente mediante ricorso al TAR competente > non è ammesso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica
- La controversie sugli appalti pubblici sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, nell'ambito della quale la cognizione del giudice riguarda non solo gli interessi legittimi ma anche i diritti soggettivi (art. 133 comma 1 lett. e) c.p.a.)
- Il d.lgs. n. 50/2016 (Codice degli appalti) ha introdotto rilevanti novità sulle disposizioni relative al contenzioso sugli appalti contenute nel c.p.a., con particolare riferimento alla introduzione del c.d. rito «superaccelerato» per l'impugnazione del provvedimento che determina le ammissioni/esclusioni ad esito della fase amministrativa



L'impugnazione del bando di gara

- Art. 120 comma 5 c.p.a. > i bandi di gara autonomamente lesivi devono essere impugnati entro 30 giorni dalla loro pubblicazione
- tale termine di impugnazione decorre attualmente dalla pubblicazione del bando sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (in base alla norma transitoria di cui all'art. 216 comma 11 del d.lgs. n. 50/2016 e al DM 2 dicembre 2016 avente ad oggetto «*Definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, di cui agli articoli 70, 71 e 98 del d.lgs. n. 50 del 2016*»); successivamente, nel momento in cui entrerà in funzione la piattaforma informativa ANAC, assumerà rilievo la pubblicazione su tale piattaforma (art. 73 comma 5 del d.lgs. n. 50/2016 > «*Gli effetti giuridici che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla data di pubblicazione sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC*»)
- Quando il bando non è autonomamente lesivo deve essere impugnato unitamente agli atti applicativi, e cioè, ad esempio, unitamente al provvedimento di esclusione dalla gara o al provvedimento di aggiudicazione della procedura



L'impugnazione del bando di gara *(segue)*

- Quali sono i bandi autonomamente lesivi?
 - a) bandi contenenti clausole «immediatamente escludenti», che precludono la partecipazione dell'operatore economico alla gara
 - ✓ richiesta di requisiti di qualificazione sproporzionati (es. fatturati notevolmente superiori al valore della base d'asta) o discriminatori (es. la localizzazione territoriale dell'impresa, che non consente ad operatori economici avente sede in altri luoghi di poter partecipare alla gara)
 - ✓ c.d. «bandi fotografia», che individuano un prodotto o servizio di un determinato operatore economico
 - b) bandi contenenti clausole che non consentono agli operatori economici di presentare un'offerta offerta congrua e/o consapevole o che impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati:
 - ✓ clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale
 - ✓ regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile



L'impugnazione del bando di gara *(segue)*

- ✓ disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara
- ✓ disposizioni che prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta
- ✓ disposizioni che prevedono condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente;
- ✓ clausole di imposizione di obblighi *contra ius* (es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto)
- ✓ gravi carenze (o assoluta genericità) nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad es. quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero presenza di formule matematiche del tutto errate
- ✓ atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza «non soggetti a ribasso».



L'impugnazione del bando di gara *(segue)*

- La partecipazione alla gara è di norma condizione necessaria ai fini dell'impugnazione di un bando poiché nel processo amministrativo la legittimazione al ricorso deve essere correlata ad una situazione differenziata meritevole di tutela, che è appunto garantita dalla partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione.
- Al contrario i soggetti che volontariamente non hanno partecipato alla gara non hanno titolo all'impugnativa, a nulla rilevando un interesse di mero fatto a che la gara bandita sia annullata e venga ripetuta, come nel caso di una ditta cui il servizio da appaltare sia affidato in regime di proroga (es. cfr. Cons. Stato, Sez. III, 05/12/2016, n. 5113).
- A tale regola generale si può derogare nelle seguenti ipotesi:
 - quando si contesta in radice l'indizione della gara (es. la stazione appaltante non era abilitata ad indire la gara);
 - quando si contesta che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto la conclusione in via diretta del contratto senza il rituale svolgimento delle appropriate procedure di evidenza pubblica;
 - quando si impugnano direttamente le clausole del bando immediatamente escludenti ostative alla partecipazione alla gara;
 - quando le prescrizioni di gara impediscano di fatto la partecipazione alla procedura, ad esempio impongono oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale.



L'impugnazione del bando di gara *(segue)*

- Al di fuori delle predette ipotesi, in cui il soggetto interessato ha l'interesse (e quindi anche l'onere) di proporre un immediato ed autonomo ricorso giurisdizionale, il bando e le sue clausole non possono essere considerate come direttamente lesive nella sfera giuridica dei soggetti che aspirano a contrattare con la stazione appaltante, per cui l'eventuale impugnativa delle prescrizioni di gara ritenute illegittime va proposta unitamente all'atto applicativo con il quale si concretizza la lesione in capo ad un soggetto, nel presupposto che abbia partecipato alla procedura
- L'immediata ed autonoma impugnativa del bando è dunque ammissibile, nonostante la mancata presentazione della domanda di partecipazione, nella misura in cui la partecipazione stessa alla procedura risulti impedita da una clausola escludente o da altre prescrizioni che, per vari motivi, siano di ostacolo alla formulazione di un'offerta valida.



L'impugnazione del bando di gara *(segue)*

- I bandi contenenti clausole non immediatamente lesive devono quindi essere impugnati insieme con i provvedimenti che ne danno attuazione: **(i)** provvedimento di esclusione; **(ii)** provvedimento di aggiudicazione, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva > in tal caso, ai fini dell'impugnativa, è necessario che l'impresa abbia partecipato alla procedura
- In altri termini, di fronte ad una clausola ritenuta illegittima ma non avente carattere immediatamente lesivo, *«il concorrente non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, poiché non sa ancora se l'astratta o potenziale illegittimità della clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura di gara, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare»* (cfr., tra le altre, Cons. Stato, V. 12 novembre 2015, n. 5181).
- Esempi: clausola sulla nomina della commissione, sulle modalità di svolgimento della gara, ecc.



Le «nuove» ipotesi di impugnazione immediata dei bandi

- La scelta del criterio di aggiudicazione del minor prezzo (prezzo più basso) in luogo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa
- ❑ L'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 non consente più alla stazione appaltante di scegliere liberamente tra prezzo più basso e OEV ma privilegia questo secondo criterio consentendo il ricorso al prezzo più basso solo in specifici casi tassativi indicati dalla legge e previa idonea motivazione
- ❑ In tale nuovo contesto normativo, la giurisprudenza afferma che la scelta del criterio di aggiudicazione del minor prezzo in assenza dei presupposti di legge deve formare oggetto di immediata impugnazione del bando



Le «nuove» ipotesi di impugnazione immediata dei bandi (SEGUE)

- (Consiglio di Stato, Sez. III, 2 maggio 2017 n. 2014)
- *«Tutti i presupposti sono sussistenti: a) la posizione giuridica legittimante avente a base, quale interesse sostanziale, la competizione secondo meritocratiche opzioni di qualità oltre che di prezzo; b) la lesione attuale e concreta, generata dalla previsione del massimo ribasso in difetto dei presupposti di legge; c) l'interesse a ricorrere in relazione all'utilità concretamente ritraibile da una pronuncia demolitoria che costringa la stazione appaltante all'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ritenuto dalle norme del nuovo codice quale criterio "ordinario" e generale»*
- *«il postergare l'impugnazione della lex gara finanche quando la violazione è già conclamata, può avere un senso solo in relazione a clausole che non violino immediatamente l'interesse del singolo imprenditore, è così certamente non è per quelle che gli impediscono di concorrere sulla qualità»*



Le «nuove» ipotesi di impugnazione immediata dei bandi (SEGUE)

- **TAR Campania, Napoli, 23 giugno 2017 n. 3437**
- *«Il Collegio non ignora il tradizionale indirizzo appena richiamato ma reputa di aderire ai più recenti sviluppi giurisprudenziali, registratisi a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, i quali hanno ampliato il ventaglio dei casi in cui può trovare ingresso l'immediata contestazione delle regole poste a base della gara, con specifico riferimento alla scelta del criterio di aggiudicazione (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014; T.A.R. Lazio, sez. III ter, 3 dicembre 2016, n. 12439)»*
- L'impugnazione immediata del criterio di aggiudicazione del minor prezzo è supportato dall'interesse dell'operatore economico a competere secondo i criteri predefiniti dal legislatore nonché a formulare un'offerta che possa validamente rappresentare la qualità delle soluzioni elaborate e della propria organizzazione, così assicurando la protezione del bene della vita consistente nell'assicurare che la competizione si svolga secondo il miglior rapporto qualità/prezzo
- N.B. *Contra* **TAR Veneto, Sez. III, 17 luglio 2017 n. 680** > l'ampliamento dell'ambito delle clausole del bando da impugnare immediatamente non trova fondamento nella legge



Le «nuove» ipotesi di impugnazione immediata dei bandi (SEGUE)

- L'onera di immediata impugnazione non opera invece quando si contesta la disciplina relativa alla assegnazione dei punteggi tecnici (TAR Lazio - Roma, 3 maggio 2017 n. 5147)
- *«Il principio generale che regola l'impugnazione immediata del bando e, più in generale, della legge di gara, collega l'insorgenza dell'interesse processuale, oltre che alle previsioni che si rivelino immediatamente escludenti laddove prescrivano requisiti soggettivi di ammissione o di partecipazione alla gara arbitrari e discriminatori, anche a quelle che determinano un'abnorme restrizione all'accesso alla selezione e quindi alla conseguente tutela, precludendo a priori scelte economiche che l'operatore vorrebbe introdurre nella procedura di gara in chiave competitiva».*
- *«In sostanza, le doglianze appuntate su criteri e scelte dell'amministrazione relativi alla formulazione e alla valutazione dell'offerta, sommamente quella tecnica, risultano impugnabili in via immediata solo ove la *lex specialis* di gara non consenta affatto la ponderazione di un'offerta conveniente (C.d.S., III, 18 ottobre 2016, n. 4343), ovvero renda impossibile la formulazione consapevole dell'offerta stessa (C.d.S., III, 10 agosto 2016, n. 3595), altrettanto non potendo sostenersi per le previsioni di *lex specialis* che invece disciplinano in quanto tali 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 (C.d.S., V, 11 ottobre 2016, n. 4184)».*



Le «nuove» ipotesi di impugnazione immediata dei bandi (SEGUE)

- L'art. 51 del d.lgs. n. 50/2016 prevede l'obbligo di suddivisione dell'appalto in lotti (funzionali o prestazionali), ferma restando la possibilità di motivare la scelta della mancata suddivisione in lotti
- La mancata suddivisione in lotti deve essere impugnata immediatamente (cfr. **TAR Umbria, Sez. I, 17 maggio 2017 n. 391**)



Il ricorso sul provvedimento che determina esclusioni/ammissioni

- Il d.lgs. n. 50/2016 ha introdotto un rito ad hoc «superaccelerato» per l'impugnazione delle esclusioni e delle ammissioni dalla gara disposte a seguito dell'espletamento della c.d. fase amministrativa (esame e valutazione della completezza della c.d. Busta A), con obbligo di impugnazione immediata entro 30 giorni decorrente dal momento in cui gli atti sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione> lo scopo è di deflazionare il successivo contenzioso sull'aggiudicazione, spesso complicato dalla instaurazione di ricorsi incidentali che rimettono in discussione la fase di ammissione.
- La previsione di tale rito è 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 (cfr. parere Consiglio di Stato 1 aprile 2016, n. 855/2016).



Il ricorso sul provvedimento che determina esclusioni/ammissioni

(segue)

- Le imprese partecipanti vengono obbligate ad impugnare l'ammissione di tutti gli altri concorrenti, sebbene in quel momento non sussista in capo alle stesse un interesse concreto o attuale alla suddetta contestazione > l'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale.

- Rapida definizione del contenzioso:
 - ✓ il giudizio viene definito in una camera di consiglio (o udienza pubblica, se richiesta dalle parti) da tenersi entro 30 giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dalla ricorrente
 - ✓ La sentenza viene pubblicata entro 7 giorni dall'udienza ed è appellabile al Consiglio di Stato entro 30 giorni dalla pubblicazione (o, se anteriore, dalla notificazione) della sentenza > possibilità di chiedere la pubblicazione del dispositivo di sentenza, che avviene entro 2 giorni dall'udienza



Il ricorso sui provvedimenti di esclusione

- Il rito «superaccelerato» è circoscritto esclusivamente ai provvedimenti di esclusione e ammissione emessi “*all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali*” > pertanto, tale rito non si applica in caso di provvedimento di esclusione fondato su presupposti diversi da quelli soggettivi e, quindi, a seguito di estromissione disposta per carenza di elementi essenziali dell'offerta tecnica prescritti dalla *lex specialis* di gara (cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. I, 20 febbraio 2017 n. 1020)
- I provvedimenti di esclusione diversi dal provvedimento emesso a seguito della fase amministrativa devono essere impugnati entro 30 giorni dalla comunicazione dell'esclusione (o dalla conoscenza acquisita nel corso di una seduta pubblica di gara nella quale era presente un delegato dell'impresa).



Il ricorso sul provvedimento di aggiudicazione

- Il d.lgs. n. 50/2016 non contempla più l'aggiudicazione provvisoria, la quale, nel regime previgente, costituiva un atto autonomamente impugnabile, ferma restando la necessità di estendere l'impugnativa al provvedimento di aggiudicazione definitiva
- La proposta di aggiudicazione costituisce atto non lesivo e quindi non autonomamente impugnabile > analogamente non sono impugnabili gli altri atti endoprocedimentali privi di lesività (es. determina a contrarre, verbali di gara)
- Il provvedimento di aggiudicazione deve essere impugnato entro 30 giorni dalla comunicazione
- Il giudice che annulla l'aggiudicazione può dichiarare l'inefficacia del contratto sottoscritto tra stazione appaltante e aggiudicatario e disporre il subentro dell'impresa ricorrente nel contratto stesso.



La legittimazione processuale dell'ANAC

- Art. 211 commi 1-bis – 1-ter del d.lgs. n. 50/2016 introdotti dal d.lgs. n. 50/2017
- ❑ L'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei **bandi**, degli **altri atti generali** (es. regolamento su albo fornitori, regolamento su procedure sotto-soglia) e dei **provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto**, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture
- ❑ L'ANAC, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del presente codice, emette, entro 60 giorni dalla notizia della violazione, un **parere motivato** nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a 60 giorni dalla trasmissione, l'ANAC può presentare **ricorso**, entro i successivi 30 giorni, innanzi al giudice amministrativo (secondo le disposizioni di cui all'art. 120 del codice del processo amministrativo).
- L'ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui sopra

Grazie per l'attenzione

Avv. Elio Leonetti

Chiomenti

Roma, Via XXIV Maggio n. 43 – tel. 06/466221

e-mail: elio.leonetti@chiomenti.net