Impugnazione atti di gara: il salvataggio condizionato del rito superaccelerato da parte della CGUE

7 Marzo 2019

Con l'ordinanza in commento la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Sez. IV, ord. 14 febbraio 2019, causa C-54/18, Cooperativa Animazione Valdocco Soc. coop. soc. Impresa Sociale Onlus c. Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo ed Azienda Sanitaria Locale To3 di Collegno e Pinerolo) ha deciso la questione ad essa rimessa a seguito del rinvio pregiudiziale operato dal TAR Piemonte (ord. 17 gennaio 2018, n. 88) ed ha ritenuto compatibile con il diritto dell'Unione (nella specie, con la direttiva n. 89/665, cd. direttiva "ricorsi") l'onere di impugnazione preventiva dei provvedimenti di esclusione e di altrui ammissione alla gara, introdotti dal decreto correttivo del Codice dei contratti (d.lgs. n. 56/2017) ed innestati sugli artt. 29 del medesimo codice e 120, comma 2 *bis*, cpa.

1. Premessa

1.1. Il rito "superaccelerato" per l'impugnazione dell'esclusione e dell'ammissione delle altre partecipanti

La vicenda si innesta intorno alla normativa nazionale relativa al cd "rito superaccelerato" che, introdotta dal decreto correttivo al Codice dei contratti e contenuta nell'art. 29 del Codice dei contratti stesso e al comma 2 *bis* dell'art. 120 del cpa, concerne l'impugnabilità delle esclusioni e delle ammissioni delle altre concorrenti.

Con essa viene imposto all'impresa ricorrente l'onere di impugnare tali provvedimenti nel perentorio termine di 30 giorni decorrenti (a seguito delle modifiche del correttivo) dal momento in cui gli atti di ammissione/esclusione sono resi in concreto disponibili dall'Amministrazione, corredati di motivazione.

Per converso, se i documenti di cui sopra non sono stati ancora messi a disposizione oppure non siano corredati di motivazione, il termine per impugnare non decorre.

La *ratio* sottesa all'introduzione di tale rito è piuttosto evidente: imponendo la contestazione obbligatoria dei provvedimenti di ammissione in un momento molto antecedente a quella dell'aggiudicazione, si è voluto impedire la contestazione dell'aggiudicazione finale per la carenza, in capo all'aggiudicataria, dei requisiti di

ammissione alla gara.
Infatti, chi, mancando di impugnare detti provvedimenti nel termine previsto dal rito "superaccelerato", contesti l'aggiudicazione altrui sotto il profilo della carenza dei requisiti, incorre inevitabilmente nell'irricevibilità del ricorso.

1.2. La vicenda giurisdizionale

La questione evidenziata dal TAR rimettente trae spunto dal ricorso proposto dalla "Cooperativa Valdocco", seconda classificata ad una gara per l'affidamento di servizi di assistenza domiciliare, indetta nel febbraio 2017 (quindi, anteriormente all'entrata in vigore del decreto correttivo n. 56/2017).

La ricorrente contestava gli atti di gara, lamentando, in particolar modo, la mancata esclusione dell'aggiudicataria per l'asserita mancanza dei requisiti di capacità tecnica e professionale, proponendo, però, il ricorso soltanto al termine della procedura, quando la gara era stata già aggiudicata e nonostante la Stazione appaltante avesse comunicato le ammissioni alla gara ai sensi dell'art. 29 del Codice dei contratti pubblici.

Nella sostanza, la disciplina processuale introdotta dal comma 2-*bis* dell'art. 120 cpa presentava, ad avviso del Collegio piemontese, alcuni possibili profili di anticomunitarietà, che hanno indotto i Giudici amministrativi a sottoporre alla CGUE due distinte questioni, aventi ad oggetto, rispettivamente:

1. il termine decadenziale di 30 giorni imposto all'operatore economico per impugnare il provvedimento di ammissione/esclusione di altro concorrente;
2. la conseguente decadenza dalla facoltà di far valere l'illegittimità del suddetto provvedimento all'esito della procedura di gara, in sede di ricorso avverso l'aggiudicazione.
In particolare, nell'ordinanza di rimessione si evidenzia che la disciplina nazionale potrebbe comportare:
a) plurimi esborsi economici a carico dell'impresa, derivanti dalla proposizione di più ricorsi giurisdizionali;
b) la potenziale compromissione dello stesso operatore agli occhi della Stazione appaltante;
c) conseguenze negative in merito al *rating* d'impresa disciplinato dall'art. 83 del Codice dei contratti, che individua come parametro di giudizio (negativo) l'incidenza dei contenziosi attivati dall'operatore economico nelle gare d'appalto;
d) l'obbligo di proporre un ricorso "al buio", dal momento che viene imposto al concorrente di promuovere l'azione giurisdizionale senza alcuna garanzia che detta iniziativa possa garantirgli una concreta utilità. Ciò in quanto l'operatore è tenuto ad impugnare le ammissioni di tutti i concorrenti alla gara, senza sapere ancora chi

sarà l'aggiudicatario e senza sapere se esso stesso si collocherà in posizione utile per ottenere e/o contestare l'aggiudicazione dell'appalto.

Ebbene, la CGUE ha ritenuto di poter risolvere le questioni sollevatetramite il richiamo ad alcuni propri precedenti.

Per tale ragione, i Giudici comunitari hanno provveduto a definire la vicenda mediante ordinanza (e non con sentenza), come prescrive l'articolo 99 del Regolamento di procedura della CGUE (ai sensi del quale "*Quando una questione pregiudiziale è identica a una questione sulla quale la Corte ha già statuito, quando la risposta a tale questione può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza* [...]*, la Corte* [...] *può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata*").

2. La compatibilità con l'ordinamento comunitario del termine decadenziale di 30 giorni per l'impugnazione delle esclusioni/ammissioni

Con riferimento al primo dei quesiti posti dal TAR Piemonte, la Corte di Giustizia ha rilevato che la previsione del termine decadenziale di 30 giorni per la proposizione del ricorso avverso l'esclusione e le altrui ammissioni non contrasta con gli artt. 1 e 2 della Direttiva ricorsi, e con i principi di effettività della tutela, di certezza del diritto e del giusto processo purché il concorrente sia messo nelle condizioni di conoscere le motivazioni seguite dalla Stazione Appaltante nell'esercizio del potere.

La Corte ricorda che, ai sensi dell'articolo 2 *quater* della Direttiva ricorsi, gli Stati membri possono stabilire termini per presentare un ricorso avverso una decisione presa da un'Amministrazione aggiudicatrice a partire da un minimo di 10/15 giorni, a seconda delle modalità con cui il provvedimento è stato comunicato. Inoltre, viene precisato che la stessa disposizione stabilisce che la comunicazione della decisione amministrativa dev'essere accompagnata da pertinente motivazione.

Pertanto, da ciò si evince che il termine in esame, fissato in 30 giorni, è astrattamente compatibile con la normativa comunitaria, purché i provvedimenti avversati siano accompagnati da un'esaustiva motivazione.

Inoltre, proseguono i Giudici comunitari, ulteriore obiettivo posto dalla Direttiva ricorsi (art. 1, par. 1) è quello di garantire la definizione dei ricorsi con la maggior celerità possibile, e la fissazione di termini di ricorso a pena di decadenza, che impongano agli operatori di contestare entro termini brevi i provvedimenti preparatori o le decisioni intermedie nell'ambito delle procedure d'appalto, consente di realizzare il predetto scopo.

Tuttavia, affinché il termine in argomento sia rispettoso del principio della certezza del diritto ed in grado di garantire un'effettiva tutela giurisdizionale, non basta prevedere un termine che sia chiaro, preciso e temporalmente ragionevole, ma occorre, altresì, che inizi "*a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente abbia avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza dell'asserita violazione*".

Pertanto, a parere della Corte, la normativa nazionale, che prevede che i ricorsi in argomento debbano essere proposti, a pena di decadenza, entro un termine di 30 giorni a decorrere dalla loro comunicazione agli interessati, "*è compatibile con la direttiva 89/665 solo a condizione che i provvedimenti in tal modo comunicati siano accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti, tale da garantire che i suddetti interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza della violazione del diritto dell'Unione*".

3. La sussistenza dell'interesse ad impugnare gli atti di ammissione degli altri partecipanti alla procedura di gara

Anche relativamente a tale profilo critico, pure avanzato dal TAR rimettente nell'ambito della prima questione pregiudiziale, i Giudici comunitari ritengono sussistente un interesse a ricorrere anche nei casi descritti dall'art. 120, comma 2 *bis*, cpa.
Infatti, la Corte richiama l'art. 1, par. 3 della direttiva n. 89 del 665, all'interno della quale viene offerta una definizione dei soggetti dotati di interesse a ricorrere, individuati in "*chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture o di lavori e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata*".

Ebbene, in tale definizione rientrerebbe "*qualunque offerente che ritenga che un provvedimento di ammissione di un concorrente a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico sia illegittimo e rischi di cagionargli un danno, in quanto simile rischio è sufficiente a giustificare un immediato interesse ad impugnare detto provvedimento, indipendentemente dal pregiudizio che può inoltre derivare dall'assegnazione dell'appalto ad un altro candidato*".

In buona sostanza, quindi, secondo la Corte, l'interesse ad impugnare le altrui ammissioni alla gara si radica sulla base di un duplice, contestuale elemento:
· la ritenuta illegittimità delle ammissioni delle altre partecipanti;
· la partecipazione del ricorrente alla gara ("*qualunque* <u>*offerente*</u>").

Sul punto, val la pena osservare che la statuizione della CGUE si pone in coerente continuità con la sentenza del 28 novembre 2018 (Amt Azienda Trasporti e Mobilità

S.p.A. e altri c. Regione Liguria), che, in tema di legittimazione a ricorrere, ha richiesto, in linea di principio, la preventiva partecipazione alla procedura di aggiudicazione (vedi NEWS ID 34675 del 21 Dicembre 2018).

4. La legittimità comunitaria della decadenza dall'impugnazione dei provvedimenti di ammissione/esclusione in sede di ricorso contro l'aggiudicazione

Con riferimento alla seconda questione sollevata, la Corte di giustizia ha osservato che l'obbligo di prevedere l'impugnazione delle esclusioni ed ammissioni soltanto nel termine perentorio di 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento e la conseguente preclusione a contestare l'illegittimità di tali provvedimenti nell'ambito di ricorsi diretti ad impugnare atti successivi è, in sé intesa, una previsione non soltanto legittima, ma anche auspicabile, atteso che, in tal modo, si garantisce la completa realizzazione degli obiettivi posti dalla Direttiva ricorsi.

In caso contrario, infatti, per la Corte, "*se ai candidati e agli offerenti fosse consentito far valere, in qualsiasi momento del procedimento di aggiudicazione, infrazioni alle norme di aggiudicazione degli appalti*", si costringerebbe "*l'Amministrazione aggiudicatrice a ricominciare l'intero procedimento al fine di correggere tali infrazioni*", giungendo a "*ritardare senza una ragione obiettiva l'avvio delle procedure di ricorso che la direttiva 89/665 impone agli Stati membri di porre in essere, tale da nuocere all'applicazione effettiva delle direttive dell'Unione in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici*".

Tuttavia, i giudici comunitari non escludono che il predetto regime preclusivo, sebbene sia in astratto compatibile con l'ordinamento comunitario, possa, in concreto, rivelarsi pregiudizievole per il ricorrente, in quanto possa negativamente incidere sul "*diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*".

In particolare, il rischio di nocumento alla sfera giuridica del ricorrente potrebbe aversi, a parere della Corte, nel caso in cui questi non sia posto nelle condizioni di conoscere l'*iter* logico-giuridico che l'Amministrazione ha posto a fondamento dell'ammissione degli altri partecipanti alla gara ossia, verosimilmente, nel caso in cui il provvedimento di ammissione non sia accompagnato (*ex* art. 29, comma 1, Codice dei contratti) da una motivazione sufficiente ovvero, a maggior ragione, quando questa manchi del tutto.

Sul punto, pertanto, la CGUE pare ritenere la normativa nazionale relativa al rito cd "superaccelerato" idonea ad evitare ricorsi "al buio" circa i provvedimenti di ammissione delle altre concorrenti. Ciò in quanto, essenzialmente, l'obbligo di

motivazione che (ai sensi dell'art. 29 del Codice dei contratti) deve corredare i relativi provvedimenti riesce, almeno in astratto, a garantire la conoscenza dei profili di illegittimità necessari a contestare, fruttuosamente e consapevolmente, l'altrui ammissione.

Tuttavia, può darsi il caso che, nella fattispecie concreta, un ricorso possa essere effettivamente "al buio", e dunque vengano lesi i diritti di difesa del ricorrente, in quanto la motivazione offerta dall'Amministrazione è insufficiente o del tutto carente.

In simili occasioni, e soltanto in esse, la Corte di Giustizia ritiene che non sia opponibile al ricorrente la preclusione di cui all'art. 120, comma 2 *bis*, cpa.

Tale valutazione, però, dovrà essere svolta in concreto, caso per caso, dal giudice investito della controversia.

5. Conclusioni

In questi termini, la Corte respinge le censure di illegittimità comunitaria avanzate dal TAR Piemonte nell'ordinanza di rinvio e rimette a quest'ultimo la verifica, in concreto, se:

· il ricorrente fosse effettivamente venuto o sarebbe potuto venire a conoscenza dei motivi di illegittimità dell'ammissione, attraverso la comunicazione da parte della Stazione appaltante del provvedimento di ammissione e della relativa motivazione;

· l'applicazione degli artt. 29 e 53, commi 2 e 3, del Codice non impediscano alla ricorrente di "*venire effettivamente a conoscenza dell'illegittimità del provvedimento di ammissione del raggruppamento di imprese aggiudicatario dalla stessa lamentata e di proporre ricorso entro il termine di decadenza di cui all'articolo 120, comma 2-bis, cpa*".

Riferimenti esterni:

– CGUE, Sez. IV, ord. 14 febbraio 2019, causa C-54/18, Cooperativa Animazione Valdocco Soc. coop. soc. Impresa Sociale Onlus c. Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo ed Azienda Sanitaria Locale To3 di Collegno e Pinerolo

– CGUE, Sez. III, sent. 28 novembre 2018, 328/17, Amt Azienda Trasporti e Mobilità S.p.A. e altri c. Regione Liguria.