

**Il contenzioso nella gara di appalti
(II)
la giurisdizione esclusiva del giudice
amministrativo**

Avv. Lumetti 7 marzo 2016

**GIURISDIZIONE ESCLUSIVA DEL
GIUDICE AMMINISTRATIVO
in materia di contratti pubblici**

Il rito speciale in materia di procedure di affidamento di contratti pubblici

Il codice processuale amministrativo prevede un rito speciale in materia di procedure di affidamento di contratti pubblici.

La fase cautelare assume un ruolo centrale anche in ordine all'espletamento degli incombenzi istruttori, considerata la possibilità espressamente indicata dall'art. 120 c.p.a. che la controversia venga decisa nel merito con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a. già all'esito della camera di consiglio fissata per la discussione dell'istanza cautelare.

REGIME DI IMPUGNABILITÀ DEL BANDO E RICORSI AVVERSO GLI ATTI DI GARA

La giurisprudenza e la dottrina affermano che il bando possa essere impugnato dalle ditte autonomamente rispetto agli atti applicativi solo se contiene clausole immediatamente lesive.

In questi casi l'impresa che rileva i suddetti vizi discriminatori nel bando deve impugnarlo entro 30 giorni previsti dalla legge che decorrono dalla data di pubblicazione del bando medesimo.

Clausole immediatamente lesive

Trascorso il suddetto termine sebbene il bando contenga clausole discriminatorie non potrà più formare oggetto di impugnazione.

Sono tali le clausole che impediscono la partecipazione alla gara:

- 1) richiesta di requisiti sproporzionati (ad esempio fatturati di gran lunga superiori al valore del contratto posto in gara)
- 2) richiesta di requisiti discriminanti (ad es. la localizzazione territoriale dell'impresa che impedisce la partecipazione a società non aventi la sede nel territorio stabilito dal bando ecc.).

CLAUSOLE *NON* IMMEDIATAMENTE

LESIVE art. 120, co 5, c.p.a.

Sono quelle che non precludono la partecipazione alla gara ma portano all'esclusione di una ditta durante lo svolgimento della procedura:

- 1) Possono riguardare le modalità di valutazione delle offerte
- 2) l'assegnazione dei punteggi
- 3) le modalità di svolgimento della gara.

Tali clausole vanno impugnate congiuntamente agli atti provvedimentali che ne danno attuazione (ad es. il provvedimento di esclusione dalla gara) entro 30 giorni dal ricevimento del provvedimento medesimo.

In questa seconda circostanza il regime di impugnabilità del bando è paragonabile a quella del regolamento.

Non autonoma lesività dei VERBALI DI GARA

Qualora l'esclusione di un'impresa da una gara risulti SOLO dai verbali di gara e non sia stato adottato ancora un provvedimento che confermi la suddetta esclusione, si determina una lesione solamente potenziale degli interessi del concorrente, dato che il verbale costituisce un atto infraprocedimentale che necessita di recepimento e di una conferma ad opera di un apposito provvedimento di esclusione.

Il soggetto deputato ad adottare il provvedimento finale (il dirigente) potrebbe infatti anche riconsiderare quanto contenuto nel verbale, qualora non lo condivida, dando seguito ad una eventuale nuova convocazione della commissione di gara per un riesame della documentazione.

Il verbale di gara costituisce dunque una proposta che il dirigente deputato all'adozione del provvedimento potrà o meno recepire.

Decorrenza del termine dalla comunicazione *ex art. 79 co.lett. b)*

Dopo il ricevimento da parte dell'impresa, della comunicazione di esclusione di cui all'art. 79 comma 5 lett. b) a seguito dell'adozione del relativo provvedimento, decorrerà il termine per l'impugnazione.

La piena conoscenza che consente il decorso dei 30 giorni per effettuare l'impugnazione deve pertanto intendersi riferita alla comunicazione *ex art. 79 co. 5* del provvedimento di esclusione nel quale sono stati recepiti i contenuti del verbale di gara.

Se una ditta non ha partecipato ad una procedura selettiva può impugnare il bando di gara?

La giurisprudenza non è univoca.

1 Indirizzo giur. : la partecipazione è condizione necessaria perché possa essere identificato il soggetto leso dalla *lex specialis* e la *titolarità di un interesse concreto a ricorrere*.

Ad es.: l'ipotesi in cui il bando contenga disposizioni limitative della partecipazione (ad es. abbia fissato un prezzo a base di gara che non sia remunerativo per le imprese oppure di gran lunga inferiore ai prezzi di mercato, costringendo l'eventuale aggiudicatario a sopportare costi che non gli garantirebbero alcun utile).

In questo caso non sarebbe sufficiente a giustificare l'interesse a ricorrere il mero invio di lettere con le quali venga contestato il prezzo a base d'asta con invito a modificarlo in autotutela. Occorrerebbe anche che il concorrente dimostrasse il proprio interesse partecipando alla gara (presentazione dell'istanza di partecipazione).

segue

La partecipazione alla gara è dunque requisito necessario al fine di tutelare l'interesse concreto dell'impresa altrimenti si invoca solo la tutela al generico interesse alla legittimità della procedura.

La partecipazione alla gara risulta necessaria in quanto, qualora venga rimossa la disposizione lesiva del bando limitativa della partecipazione, la procedura potrebbe riprendere immediatamente fino all'esame dell'offerta del ricorrente.

Altro orientamento giurisprudenziale afferma che in alcuni casi la partecipazione alla gara può risultare del tutto indifferente ai fini della prova dell'interesse concreto alla impugnazione del bando. Ad es. se la censura riguarda la **congruità del prezzo a base d'asta (non remunerativo perché troppo basso)** l'eventuale accoglimento dell'impugnazione del bando porterebbe alla caducazione della procedura e tale caducazione renderebbe del tutto inutile la circostanza che l'impresa abbia proposto istanza di partecipazione alla gara, proprio perché la gara non potrebbe utilmente proseguire ma deve essere rinnovata. Ne consegue che **l'aver o meno proposto istanza partecipativa è irrilevante ai fini della sussistenza dell'interesse ad impugnare una clausola del bando ritenuta viziata.**

Giurisprudenza non univoca sulla lettera di comunicazione

Parte della giurisprudenza afferma che anche la semplice lettera con cui viene comunicata l'esclusione dal dirigente responsabile attesterebbe la sostanziale volontà di recepimento dei contenuti dei verbali della commissione.

Segue. Bozza codice: **ATTI**

CONSIDERATI IMMEDIATAMENTE

LESIVI

Nella bozza del nuovo codice è previsto che i vizi relativi alla composizione della commissione di gara, all'ammissione e all'esclusione dalla gara per carenza dei requisiti soggettivi, economico-finanziaria e tecnico-professionali sono considerati immediatamente lesivi e sono ricorribili dinanzi al giudice amministrativo, precludendosi la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti della procedura di gara, anche con ricorso incidentale.

***Segue* Bozza codice - Nuovo rito accelerato per gli atti che vengono definiti immediatamente lesivi per legge**

La bozza del codice dispone inoltre, che il giudizio, ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti, venga comunque definito con sentenza in forma semplificata ad una udienza fissata d'ufficio. Al fine di razionalizzare il processo in materia di gare pubbliche il giudizio è definito da una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente.

BOZZA CODICE PROCESSO AMMINISTRATIVO

Su richiesta delle parti il ricorso è definito, negli stessi termini, in udienza pubblica. Le parti possono produrre documenti fino a dieci giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a sei giorni liberi e presentare repliche, ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista della camera di consiglio, fino a tre giorni liberi.

SEGUE BOZZA CODICE PROCESSO AMMINISTRATIVO

Si dispone inoltre che il TAR depositi la sentenza con la quale definisce il giudizio entro trenta giorni dall'udienza di discussione, ferma restando la possibilità di chiedere l'immediata pubblicazione del dispositivo entro due giorni.

Segue bozza codice procedura amministrativa - APPELLO

Si stabilisce che nel giudizio di appello la sentenza di rigetto possa essere motivata richiamando le argomentazioni della sentenza del TAR. Sono da ultimo previste forme di proposizione di ricorso cumulativo

DICHIARAZIONE DI INEFFICACIA
CONTRATTO DA PARTE DEL GIUDICE
AMMINISTRATIVO

1) IN VIA OBBLIGATORIA

1) SECONDO IL SUO PRUDENTE
APPREZZAMENTO

DICHIARAZIONE OBBLIGATORIA DA PARTE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO DELL'INEFFICACIA DEL CONTRATTO PARZIALMENTE ESEGUITO

NEI CASI IN CUI LE ILLEGITTIMITÀ COMMESSE SIANO DI PARTICOLARE GRAVITÀ:

- 1) Omessa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara sulla GU o sulla GU UE
- 2) Casi non consentiti di procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia (con conseguente omissione della pubblicazione del bando o avviso di indizione della gara su GU o GU UE.
- 3) Violazione dello stand still sostanziale (art. 11 co 3 ca) di 35 giorni.
- 4) Violazione dello stand still processuale (art. 11 co 3 ter) 20 giorni (preclusione alla stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso).

SORTE DEL CONTRATTO NEL CASO DI ANNULLAMENTO DELL'AGGIUDICAZIONE

Tesi sulla questione:

- 1) Nullità assoluta
- 2) Annullabilità del contratto
- 3) Caducazione automatica
- 4) Caducazione non automatica ma solo su pronuncia del giudice
- 5) Inefficacia del contratto

ECCEZIONI ALLA DICHIARAZIONE DI INEFFICACIA OBBLIGATORIA

- 1) Esigenze imperative connesse ad interessi generali (gli interessi economici solo in via eccezionale)
- 2) Omissione dell'avviso volontario per la trasparenza preventiva
- 3) Emanazione di un atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento di dichiarazione della non necessità di pubblicazione del BANDO 10 giorni prima della conclusione del contratto e dopo l'avviso

AVVISO VOLONTARIO

Avviso volontario: si tratta di un nuovo avviso (79 bis) il cui scopo è quello di porre la stazione appaltante al riparo della privazione degli effetti del contratto quando essa abbia seguito una procedura senza bando (sia essa una procedura negoziata senza bando o un affidamento in economia). A tal fine la stazione appaltante deve seguire un'articolata procedura che si snoda in tre passaggi, uno dei quali è proprio l'avviso volontario.

Dichiarazione di inefficacia disposta dal giudice secondo il suo prudente apprezzamento (art. 121,co 4 c.p.a.)

Non vi sono SOLUZIONI PRECOSTITUITE

Se il giudice annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza e tenendo conto:

- 1) Degli interessi delle parti
- 2) Della effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati
- 3) Dello stato di esecuzione del contratto
- 4) Della possibilità di subentro nel contratto
- 5) Della possibilità di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la relativa domanda sia stata proposta

SANZIONI E RISARCIMENTO

Il giudice amministrativo applica:

- 1) le SANZIONI ALTERNATIVE (anche cumulativamente) che possono essere pecuniarie (hanno natura amministrativa ed entrano nel bilancio dello Stato) o riduttive della durata contrattuale
- 2) Dispone la TUTELA IN FORMA SPECIFICA o PER EQUIVALENTE (art 124 c.p.a.)
- 3) Dispone il RISARCIMENTO DEL DANNO (danno emergente lucro cessante perdita di chance danno esistenziale legato all'immagine)