



**Alcune osservazioni sulle modifiche apportate all'art. 204 nel testo definitivo del Codice degli appalti**

**Avv. Daniela Anselmi**

Nella versione definitiva del nuovo Codice degli appalti, per quanto riguarda il contenzioso, sono state apportate alcune modifiche all'art. 204 (nonché agli artt. 29, 53, 76 e 211).

Il nuovo comma 2 bis dell'art. 120 del c.p.a., introdotto dall'art. 204, risulta essere il seguente *“ Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice degli appalti pubblici e delle concessioni. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. E' altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività”*

Scompare, in primo luogo, l'immediata impugnazione della composizione della Commissione giudicatrice, come era stato suggerito nel parere del Consiglio di Stato, in quanto la legge delega non prevedeva nulla al riguardo.

E' rimasta invece l'immediata impugnazione dei provvedimenti che determinano le esclusioni nonché le ammissioni alla procedura, ad esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico finanziari e tecnico finanziari.



Il termine di impugnazione è di 30 giorni decorrente dalla pubblicazione dei relativi provvedimenti sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 29, 1° comma del Codice.

Una prima osservazione da fare è che si deve trattare del provvedimento “definitivo” di esclusione e di ammissione alla procedura da parte della stazione appaltante, di talchè l'esclusione o l'ammissione disposte dalla Commissione giudicatrice non determinano alcun onere di immediata impugnazione.

Ciò lo si ricava dallo stesso art. 204 allorquando prevede che è inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione (e cioè dall'aggiudicazione provvisoria) e degli altri enti endoprocedimentali (e cioè le valutazioni espresse dal seggio di gara e comunque dalla Commissione giudicatrice).

Un seconda osservazione da fare è che il termine decorre dalla pubblicazione sul sito della stazione appaltante, pubblicazione che deve avvenire entro due giorni dall'adozione dell'atto, siccome previsto dallo stesso art. 29, 1° comma.

Tale previsione (e cioè che il termine di impugnazione decorre dalla pubblicazione) è però irragionevole, visto che il terzo comma dell'art. 76 (che è stato inserito solo ora) prevede che della pubblicazione si debba dare contestualmente avviso tramite PEC a tutti i concorrenti (e ciò lo stesso giorno della pubblicazione).

Con tale previsione sarebbe stato, pertanto, necessario che nell'art. 204 il termine di impugnazione fosse fatto decorrere dalla comunicazione anziché dalla pubblicazione.

Si tratta di una previsione che contravviene ai principi generali (assolutamente pacifici) che impongono la comunicazione personale ai soggetti interessati ai fini dell'impugnazione di atti che li riguardano.



Senza contare che ciò impone ai candidati di monitorare costantemente il sito della stazione appaltante (che a volte non funzionano e che comunque non indicano il giorno in cui la pubblicazione è avvenuta).

E' pur vero che l'art. 76, 3° comma prevede la contestuale comunicazione dell'avvenuta pubblicazione ma non è detto che ciò avvenga ed, in ogni caso, l'art. 204 prevede che il termine non decorre da essa ma dalla pubblicazione.

Sono peraltro dell'avviso che se tale comunicazione non avviene ovvero se non è contestuale alla pubblicazione, si potrebbe con ragionevole successo invocare la remissione in termini o comunque contestare la presunta tardività del ricorso.

E' singolare che sempre nel nuovo comma 2 bis dell'art. 120 sia sparita la qualificazione degli atti in questione come "*immediatamente lesivi*"; va peraltro osservato che non è certo tale mancata qualificazione che determina una maggiore "tenuta" della norma sotto il profilo costituzionale e comunitario; in quanto l'onere di immediata impugnazione è comunque previsto.

Va da sé che se una stazione appaltante deciderà di rinviare l'approvazione degli atti di ammissione e/o esclusione al momento dell'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria, l'impugnazione degli atti di esclusione e/o ammissione sarà automaticamente posticipata a tale momento.

Ovviamente ciò dipenderà dalla tipologia di organizzazione della stazione appaltante.

Considerando che molte di esse saranno delle Centrali di committenza, con strutture di una certa complessità, per evitare di moltiplicare le impugnative forse sarà opportuno, allorquando la Commissione giudicatrice disporrà un'esclusione od un'ammissione, diffidare immediatamente le Amministrazioni e/o le Centrali di Committenza dall'approvare i relativi provvedimenti al fine di posticipare l'impugnativa al momento dell'aggiudicazione.



In ogni caso, anche nell'ipotesi che l'approvazione delle esclusioni e/o ammissioni avvenga contestualmente all'approvazione dell'aggiudicazione e quindi si rinvii a tale momento la decorrenza del termine di impugnazione, la previsione rimane comunque assurda nei riguardi del ricorso incidentale.

In poche parole, l'aggiudicatario, pur avendo vinto, non potrà aspettare 30 giorni per vedere se qualcuno impugnerà o meno la sua aggiudicazione, ma dovrà impugnare immediatamente e cioè nei trenta giorni successivi all'aggiudicazione stessa l'ammissione dei concorrenti che lo seguono in graduatoria al fine di far valere eventuali vizi che li riguardano.

In sostanza è come dire che non è più possibile proporre di fatto un ricorso incidentale, perlomeno per gli aspetti più rilevanti.

Occorre poi segnalare una rilevante criticità sull'accesso agli atti relativi all'ammissione e/o esclusione alla gara.

L'art. 76, 3° comma prevede che nella comunicazione dell'avvenuta pubblicazione dei soggetti ammessi e/o esclusi venga indicato l'ufficio e/o il collegamento informatico ad accesso riservato presso cui accedere agli atti, senza però indicare i termini in cui entro sarà disponibile l'accesso.

La disposizione dovrebbe logicamente essere intesa nel senso che già al momento della comunicazione gli atti siano immediatamente disponibili.

Ma non vi è certezza al riguardo, il che determinerà con buona probabilità la proposizione di ricorsi al buio, con tutte le inevitabili conseguenze in termini di costi, contributi unificati ecc.

Non solo .

L'art. 53 stabilisce al 2° comma che il diritto di accesso è differito, in relazione alle offerte, fino al momento dell'aggiudicazione e che l'inosservanza di tale previsione rileva ai fini dell'art. 326 codice penale.



C'è quindi un incongruenza tra l'art. 53, 2° comma e l'art. 76, 3° comma in quanto tutta la documentazione amministrativa inerente i requisiti morali, tecnici ed economici fa comunque parte dell'offerta e quindi l'accesso, stando alla lettera dell'art. 53, 2° comma, potrebbe non essere consentito fino al momento dell'aggiudicazione.

Per far conciliare il tutto, l'art. 204 dovrebbe riguardare le sole procedure ristrette in cui vi sia una fase in cui le imprese chiedono di essere invitate e devono documentare i requisiti di ammissione, ed una fase successiva, limitata alla valutazione delle offerte.

Ciò lo si ricava anche dal fatto che l'art. 76 non reca più al secondo comma la precedente lett. a) che prevedeva che entro 15 giorni dalla richiesta bisognava comunicare ai candidati esclusi i motivi di rigetto della domanda di partecipazione.

Sono rimaste tutte le altre ipotesi, ma non c'è più la comunicazione della reiezione della domanda di partecipazione.

E' stato modificato anche il comma 5 (prima era il comma 4) dello stesso art. 76 in quanto alla lett. b) prima vi era l'obbligo di comunicazione immediata o comunque entro i 5 giorni successivi dell'esclusione ai candidati e agli offerenti esclusi.

Ora tale previsione è rimasta solo per gli offerenti, il che evidenzia che il rigetto della domanda di partecipazione (e non si badi bene dell'offerta) è soggetta alle sole previsioni dal nuovo 3° comma dell'art. 76 e cioè la pubblicazione sul sito e la comunicazione contestuale via PEC della pubblicazione dell'elenco dei soggetti ammessi ed esclusi.

Conseguentemente, dal combinato disposto dell'art. 29, 1° comma, dell'art. 76, 3° comma e dell'art. 204, laddove introduce il comma 2 bis dell'art. 120, si desume



che per il soggetto che non sia stato ammesso a partecipare alla gara il termine di 30 giorni decorre dalla pubblicazione degli elenchi e non dalla comunicazione, di talché anche per tale soggetto si profila la probabilità di un ricorso al buio.

Per quanto riguarda, poi, gli aspetti procedurali e cioè il nuovo comma 6 bis dell'art. 120, è rimasto più o meno lo stesso della precedente versione, con l'ulteriore previsione che l'appello deve essere comunque proposto, indipendentemente dalla notifica dell'ordinanza, entro il termine di 30 giorni decorrente dalla comunicazione della stessa (o dalla notificazione se avvenuta prima).

E' stato poi modificata la precedente versione dell'art. 211 del Codice con l'introduzione dell'impugnazione dinnanzi al giudice amministrativo sia del parere reso dall'ANAC in sede di precontenzioso, sia della raccomandazione sempre dell'ANAC ad agire in via di autotutela.

E' un po' meglio di prima, ma si profilano anche qui diverse criticità.

Per quanto riguarda il parere dell'ANAC in sede di precontenzioso potrebbe essere aggirato il termine di 30 giorni entro cui si può contestare un atto.

Magari l'atto è divenuto inoppugnabile ma le parti (o anche una sola di essa) potrebbero rivolgersi all'ANAC per chiedere un parere anche dopo la scadenza del termine di impugnazione.

Non solo.

L'ANAC dovrebbe decidere entro 30 giorni dalla richiesta, ma sembra un termine ordinario, visto che non ci sono sanzioni e/o preclusioni per l'emanazione del parere e visto che non è configurato come un termine tassativo.

In ogni caso si tratta di un modo evidente di aggirare il termine di impugnazione, in quanto non credo sia possibile in sede di impugnazione del parere di ANAC far



valere questioni circa l'intervenuta inoppugnabilità e/o acquiescenza agli atti di gara che siano nel frattempo intervenuti.

Ciò vale anche per la raccomandazione ad agire in via di autotutela da parte di ANAC prevista dal 2° comma dell'art. 211 in quanto non è specificato entro quali termini ANAC possa inviare tale raccomandazione.

La raccomandazione potrebbe, pertanto, riguardare procedure concluse da tempo. Anche il Consiglio di Stato criticava tale disposizione, proponendo un'altra versione rispetto a quella poi risultante nel testo definitivo, molto simile a quella prevista dall'art. 21 bis della L. n. 287/1990 per l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ma la norma salvo gli aggiustamenti di cui ho parlato, è rimasta la stessa.

Osservo altresì che non è stata recepita la segnalazione del Consiglio di Stato circa la riduzione del contributo unificato, di talché tutti i rilievi che avevamo a suo tempo segnalato sono rimasti purtroppo quasi del tutto lettera morta.