

Brevi note sul termine di impugnazione dei provvedimenti di aggiudicazione, nel regime introdotto con il Decreto Legislativo 20 marzo 2010, n. 53 (in G.U. n. 84 del 12 aprile 2010)

Ignazio Scuderi

Avvocato

1. Il Decreto Legislativo n. 53 del 2010, recante *“Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell’efficacia delle procedure di ricorso in materia d’aggiudicazione degli appalti pubblici”*, ha introdotto rilevanti novità in materia di appalti pubblici, generando un vero e proprio rito super-raccellerato.

Tra le norme più rilevanti, si segnalano:

- il termine dilatorio sospensivo di trentacinque giorni, che deve intercorrere tra l’aggiudicazione definitiva e la stipulazione del contratto (art. 11, comma 10 del D.Lgs. n. 163/2006);
- le fattispecie eccezionali e derogatorie alla normativa concernente il termine dilatorio (art. 11, comma 10 *bis* del D.Lgs. n. 163/2006);
- la sospensione obbligatoria del termine in caso di contestuale proposizione di un ricorso giurisdizionale e di una domanda cautelativa (art. 11, comma 10 *ter* del D.Lgs. n. 163/2006);
- i casi di anticipata esecuzione delle prestazioni contrattuali (art. 11, comma 9 del D.Lgs. n. 163/2006);
- l’obbligo della parte interessata di comunicare preventivamente all’amministrazione l’intenzione di proporre ricorso, accompagnata dalla richiesta di autotutela (art. 243 *bis* del D.Lgs. n. 163/2006).

Il rito speciale, oggi specificamente disciplinato dall’articolo 120 del Codice dei Contratti, ulteriormente derogatorio del rito - anch’esso speciale - relativo alle materie elencate al precedente articolo 119, ha in particolare, ai fini in oggetto, provveduto al dimezzamento dei termini di proporzione del ricorso e dei motivi aggiunti, disponendo che *“5. Per l’impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente dalla ricezione della comunicazione di cui all’articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all’articolo 66, comma 8, dello stesso decreto; ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell’atto”*.

Tale previsione, è stata accompagnata - appunto mediante il citato Decreto Legislativo n. 53/2010, modificativo ed integrativo delle previsione già dettate dal Codice dei Contratti - d'un canto da una dettagliata disciplina delle comunicazioni degli atti di gara; dall'altro, dal diritto di accesso immediato ai medesimi atti (art. 79 del D.Lgs. n. 163/2006).

Le norma appena citate, lette in maniera combinata, appaiono aver specificamente disciplinato il regime di decorrenza del termine di impugnazione dei provvedimenti di aggiudicazione.

Nella giurisprudenza amministrativa precedente a tali modifiche, era invero controverso se la piena conoscenza, potesse ritenersi conseguita con la semplice percezione degli elementi essenziali dell'atto, quali autorità, data, soggetto aggiudicatario, rinviandosi ad un momento successivo l'effettiva azione, mediante la proposizione di motivi aggiunti (così, ad esempio, T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 25/06/2007, n. 2030); ovvero, se occorresse la effettiva e piena conoscenza del contenuto e dunque dei vizi valorizzabili in sede giurisdizionale (così, Consiglio di Stato, sez. VI, 8/2/2007 n. 522).

2. La materia è oggi, come detto, normativamente disciplinata.

Ed invero, dall'esame dell'articolo 41 numeri 1 e 2 della Direttiva 2004/18, dell'articolo 79 comma 5 e 5-bis del Decreto Legislativo n. 163/2006 e dell'articolo 11 comma 10 del medesimo Decreto Legislativo si evince l'obbligo, in capo alla stazione appaltante, di rendere edotti i soggetti non aggiudicatari dei risultati della gara d'appalto, attraverso la comunicazione dell'atto di affidamento nella sua forma integrale.

Ed invero:

a. - Come detto, ai sensi del quinto comma dell'articolo 120 del Codice del Processo, il termine di impugnazione decorre "*..dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163..*".

b. - Il quinto comma dell'articolo 79, dispone che "*..5. In ogni caso l'amministrazione comunica di ufficio:*

a) l'aggiudicazione definitiva, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare dette impugnazioni, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se dette impugnazioni non siano state ancora respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva";

c. - Il comma 5 bis infine, aggiunto dall'articolo 2 del D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53 in sede di recepimento della Direttiva ricorsi, disciplina le concrete modalità di comuni-

cazione, disponendo che “..le comunicazioni di cui al comma 5 sono fatte per iscritto, con lettera raccomandata con avviso di ricevimento o mediante notificazione o mediante posta elettronica certificata ovvero mediante fax, se l'utilizzo di quest'ultimo mezzo è espressamente autorizzato dal concorrente, al domicilio eletto o all'indirizzo di posta elettronica o al numero di fax indicato dal destinatario in sede di candidatura o di offerta. Nel caso di invio a mezzo posta o notificazione, dell'avvenuta spedizione è data contestualmente notizia al destinatario mediante fax o posta elettronica, anche non certificata, al numero di fax ovvero all'indirizzo di posta elettronica indicati in sede di candidatura o di offerta. La comunicazione è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lettera c), e fatta salva l'applicazione del comma 4; l'onere può essere assolto nei casi di cui al comma 5, lettere a), b), e b-bis), mediante l'invio dei verbali di gara, e, nel caso di cui al comma 5, lettera b-ter), mediante richiamo alla motivazione relativa al provvedimento di aggiudicazione definitiva, se già inviata”.

Il comma 2 lettera c) richiamato dal comma 5, specifica gli elementi che deve contenere la comunicazione, individuandoli nelle “..caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto”.

3. La normativa peraltro, costituisce attuazione dei principi comunitari.

L'articolo 2-*quater* della direttiva 89/665, introdotto dalla direttiva 2007/66 (scaduta il 20/12/2009 e recepita nel nostro ordinamento con il D.Lgs. n. 53/2010, modificato in seguito con il D.Lgs. n. 104/2010), statuisce che la comunicazione della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice ad ogni candidato o offerente è accompagnata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti, mentre i termini per proporre ricorso decadono soltanto dopo che sia trascorso un certo numero di giorni da tale comunicazione.

4. Infine, la stessa Corte di Giustizia ha richiamato tale principi con la decisione sez. III - 28/1/2010 - causa C-406/2008), la quale ha sottolineato che l'articolo 1, n. 1, della direttiva 89/665 impone agli Stati membri l'obbligo di garantire che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile, ed “il fatto che un candidato o un offerente sia venuto a conoscenza del rigetto della sua candidatura o della sua offerta non gli consente di proporre ricorso in modo efficace. Informazioni del genere sono insufficienti per permettere al candidato o all'offerente di scoprire l'eventuale esistenza di un'illegittimità impugnabile con ricorso. Solamente dopo essere venuto a conoscenza dei motivi per i quali è stato escluso dalla procedura di aggiudicazione di un appalto, il candidato o l'offerente interessato potrà formarsi un'idea precisa in ordine all'eventuale esistenza di una vio-

lazione delle disposizioni in materia di appalti pubblici e sull'opportunità di proporre ricorso (punti 30 e 31). Ne consegue che l'obiettivo stabilito dall'art 1, n. 1, della direttiva 89/665 di garantire ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici può essere conseguito soltanto se i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino a decorrere dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni" (punto 32)".

In definitiva, la piena conoscenza giuridica, rilevante per il decorso del termine di impugnazione, si perfeziona non già con la semplice comunicazione dell'esito della procedura, ma attraverso la trasmissione degli elementi motivazionali del provvedimento, idonei a consentire un'utile azione.

Sicché allorquando venga, come spesso avviene, comunicato solo l'esito, la decorrenza del termine inizierà solo dopo l'accesso agli atti.