

Termine ex art. 120, comma 2bis, cpa: l'onere di immediata impugnativa è subordinato alla pubblicazione degli atti di gara.

di Valeria Vitale

Data di pubblicazione: 8-11-2018

1. In assenza della pubblicazione di cui all'art. 29 d.lgs. n. 50-2016 e della comunicazione di cui all'art. 76 d.lgs. n. 50-2016, non può trovare applicazione l'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., dovendosi quest'ultima ritenere norma di stretta interpretazione in quanto derogatoria del principio tradizionale secondo cui è ammessa l'impugnazione dei soli provvedimenti direttamente lesivi.

2. L'onere di immediata impugnativa dell'altrui ammissione alla procedura di gara senza attendere l'aggiudicazione, previsto dalla trascritta norma, è ragionevolmente subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura.

3. Dalla mera partecipazione alle sedute della Commissione di gara dei rappresentanti o incaricati dei partecipanti non può desumersi, in automatico, la conoscenza, in capo alle singole imprese concorrenti, dell'immediata lesività per la propria sfera giuridica dei provvedimenti di ammissione alla gara, in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall'ordinamento processuale.

4. Nel caso di mancata pubblicazione dell'ammissione o esclusione di un partecipante, l'eventuale presenza di un delegato di un concorrente alla seduta di gara in cui si sono deliberate le ammissioni non è, di per sé, idonea alla decorrenza del termine decadenziale nei riguardi dell'impresa interessata.

5. L'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50-2016, nel disciplinare il c.d. soccorso istruttorio, esclude che quest'ultimo possa essere utilizzato per integrare l'offerta, circoscrivendone l'utilizzo alle carenze di qualsiasi elemento formale. Il soccorso istruttorio, infatti, ha come finalità quella di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, non anche di consentire all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte.

(2)Conformi: Consiglio di Stato, Sez. III, 26 gennaio 2018, n. 565, Sez. V, 23 marzo 2018, n. 1843 e Sez. III, 27 marzo 2018, n. 1902;

(5) Conformi: Consiglio di Stato, sez. V, 5 febbraio 2018, n. 721.

Guida alla lettura

Con la pronuncia in esame, la Quinta sezione del Consiglio di Stato si sofferma sull'**art. 120, comma 2-bis, cpa**, introdotto dall'art. 204 del Codice dei contratti pubblici.

In particolare, il Collegio affronta la questione dell'individuazione del **dies a quo per la decorrenza del termine** di cui alla citata disposizione, **in assenza della pubblicazione dei provvedimenti di ammissione ed esclusione sul profilo della stazione appaltante committente (art. 29, co. 1, D. lgs. n. 50/2016), nonché della comunicazione dell'esclusione ai soggetti partecipanti (art. 76, co. 2, D. lgs. n. 50/2016).**

Delineato l'ambito di riferimento della sentenza in commento, appare opportuno rilevare che, nel caso di specie, l'appellante lamenta la tardività del ricorso ex art. 120, comma 2-bis, cpa promosso dalla società appellata, ritenendo che quest'ultima, in assenza della pubblicazione ex art. 29, co. 1, D. lgs. n. 50/2016 e della comunicazione ex art. 76, co. 2, D. lgs. n. 50/2016, avrebbe dovuto impugnare il provvedimento di esclusione avendone avuto conoscenza dalla seduta di gara in cui era presente il proprio rappresentante legale.

Il Consiglio di Stato ritiene di non condividere la suddetta censura. In proposito, infatti, il Consesso osserva, in primo luogo, che secondo l'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. *“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 dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28.01.2016, n. 11”*. In aggiunta a tanto, si chiarisce che il citato art. 76, comma 2, dello stesso d.lgs. n. 50-2016 tanto prevede: *“Fermo quanto previsto nell'articolo 29, comma 1, secondo e terzo periodo, contestualmente alla pubblicazione ivi prevista è dato avviso ai concorrenti, mediante PEC o strumento analogo negli altri Stati membri, del 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, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti”*.

Dalla lettura delle disposizioni richiamate, è, quindi, possibile dedurre che **il termine di trenta giorni di cui all'art. 120, comma 2bis, cpa decorre dalla pubblicazione prevista dall'art. 29, comma 1, D. lgs. n. 50/2016 alla quale, contestualmente, si affianca la comunicazione via PEC del provvedimento di esclusione**. Ragione per cui **deve escludersi l'applicazione del richiamato art. 120, comma 2bis, cpa nelle ipotesi di omessa pubblicazione o comunicazione, dovendosi ritenere che lo stesso sia norma di stretta interpretazione che deroga al principio tradizionale secondo cui è ammessa l'impugnazione dei soli provvedimenti direttamente lesivi**. Tale impostazione appare confermata dalla giurisprudenza maggioritaria, che ricollega la sussistenza dell'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione o esclusione alla pubblicazione degli atti della

procedura (Cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 26 gennaio 2018, n. 565, Sez. V, 23 marzo 2018, n. 1843 e Sez. III, 27 marzo 2018, n. 1902).

Tali considerazioni portano, dunque, ad **escludere che dalla mera partecipazione alle sedute della Commissione di gara dei rispettivi rappresentanti o incaricati possa automaticamente presumersi la conoscenza, in capo alle singole imprese concorrenti, dell'immediata lesività per la propria sfera giuridica dei provvedimenti di ammissione alla gara, dovendosi, inoltre, rilevare come, nell'ipotesi di mancata pubblicazione dell'ammissione o esclusione di un partecipante, l'eventuale presenza di un delegato di un concorrente alla seduta di gara in cui si sono deliberate le ammissioni non è, di per sé, idonea alla decorrenza del termine decadenziale nei riguardi dell'impresa interessata.**

Ciò appare in linea tanto con la finalità del nuovo art. 120, comma 2bis, cpa, vale a dire l'esigenza di delineare, in modo puntuale, l'elenco dei concorrenti alla gara in via preventiva, garantendo il celere svolgimento delle fasi della procedura e la certezza dei rapporti giuridici, quanto con la necessità di riconnettere l'istituto in parola all'interesse ad agire di cui all'art. 100 cpc, applicabile nell'ambito del processo amministrativo per effetto del rinvio esterno ex art. 39 cpa.

Con specifico riguardo a tale ultimo aspetto, infatti, è stato osservato come il nuovo rito super accelerato ex art. 120, comma 2bis, cpa, imponendo un onere di tempestiva impugnazione in capo ai partecipanti alla gara, rischia di porsi in contrasto con gli art. 24 e 113 Cost., determinando l'insorgere di una giurisdizione di diritto oggettivo. In tal senso, la scelta di subordinare la decorrenza del termine di trenta giorni alla pubblicazione degli atti di gara può essere interpretata come una misura di contemperamento rispetto allo stringente onere previsto.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2632 del 2018, proposto da

A.S.D. Karting Club Ortona Sport, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Carlo Flacco, Luca Paolucci, Rocco Domenico Maddestra e Augusto Di Boscio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Ivonne Panfilo in Roma, piazza dell'Unità, 13;

contro

A.S.D. Mini Speed, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giulio Cerceo e Daniele Vagnozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Comune di Ortona, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima) n. 00016/2018, resa tra le parti, concernente la richiesta di annullamento dei seguenti atti resi dal Comune di Ortona: I) la determinazione dirigenziale recante registro generale n. 99 del 3.02.17 resa dal Dirigente (dott. Domenico Galanti) e comunicata a mezzo pec il 3.02.17, avente ad oggetto: Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per la gestione ed uso dell'impianto sportivo comunale "pista di mini moto". Aggiudicazione del servizio, II) la comunicazione ex art. 76, comma 3, D.Lvo n. 50/16 pervenuta a mezzo pec il 3.2.17, III) il verbale del 3.01.17 nella parte in cui ha disposto illegittimamente l'applicazione del "soccorso istruttorio" in favore della Associazione controinteressata anziché procedere alla sua esclusione dalla gara, IV) il verbale di gara del 4.01.17 nella parte in cui ha disposto l'esame del progetto tecnico della ASD Karting Club Ortona; V) il verbale di gara del 13.01.17 nella parte in cui la Commissione ha preso atto della produzione da parte della ASD Kar-ting Club di Ortona della presentazione della polizza fideiussoria, VI) il verbale del 30.01.17, nella parte in cui illegittimamente proponeva di aggiudicare la gara all'associazione controinteressata, VII) la determinazione dirigenziale n. 154 del 15.02.2017 avente ad oggetto "Procedura negoziata senza previa senza previa pubblicazione di un bando di gara per la gestione e uso dell'impianto sportivo comunale denominato "pista di mini moto". Aggiudicazione del servizio. Rettifica" ed in generale di tutti gli atti di gara successivi al verbale del 3.1.17, nonché di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, anche non conosciuti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di A.S.D. Mini Speed;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 ottobre 2018 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Di Boscio, Maddestra, Cerceo e Vagnozzi.

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo, Pescara, Sez. I, con la sentenza 18 gennaio 2018, n. 16, ha accolto il ricorso proposto dall'attuale parte appellata A.S.D. Mini Speed, annullando gli atti con esso impugnati.

Secondo il TAR, sinteticamente:

- il ricorso non è tardivo (perché proposto entro un mese dalla pubblicazione del provvedimento sul profilo telematico della stazione appaltante), e ciò alla luce della specialità del termine di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., che fissa un termine di decorrenza tipico e distinto rispetto a quello generale di cui all'art. 41, comma 2, c.p.a.;
- nel caso di specie non è stato presentato unitamente alla domanda un impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto in caso di aggiudicazione, nonostante tale onere fosse previsto a pena di esclusione dal punto 13.9 della lettera d'invito, oltre che dall'art. 93, comma 8, d.lgs. n. 50-2016;
- pertanto, la domanda era mancante di un elemento negoziale essenziale e ad essa funzionalmente collegato, e non si può pertanto rientrare nel perimetro della mera integrazione documentale;
- in ogni caso, la previsione testuale della sanzione dell'esclusione prevista tuttora dall'art. 93, comma 8, d.lgs. n. 50-2016 è senz'altro un ulteriore elemento a favore dell'interpretazione qui accolta.

La parte appellante contestava la sentenza del TAR deducendone l'erroneità per violazione dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. in tema di violazione del termine di decadenza e la violazione dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50-2016 in tema di soccorso istruttorio.

Con l'appello in esame chiedeva la reiezione del ricorso di primo grado.

Si costituiva la parte controinteressata chiedendo il rigetto dell'appello.

All'udienza pubblica del 4 ottobre 2018 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. L'appellante deduce, con il primo motivo di appello che l'appellata ASD Mini Speed, ricorrente in primo grado, avrebbe dovuto impugnare l'ammissione della ASD Karting Club Ortona Sport (provvedimento mai pubblicato se non contestualmente all'aggiudicazione, in contrasto con l'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50-2016 che prevede espressamente l'obbligo per la stazione appaltante di pubblicare, nei 2 giorni successivi alla loro adozione, i provvedimenti di ammissione ed esclusione delle imprese partecipanti alla gara, proprio al fine di consentirne l'immediata impugnazione) avendone avuto conoscenza dalla seduta del 13.1.2017, nella quale era presente il rappresentante legale della ASD Mini Speed o, quantomeno, da una delle

sedute del 3.1.2017 o del 31.1.2017.

Il Collegio non può condividere tale tesi.

Infatti, l'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., aggiunto dall'art. 204, comma 1, lett. b), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, stabilisce chiaramente che "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 dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28.01.2016, n. 11".

Il successivo art. 76, comma 2, dello stesso d.lgs. n. 50-2016 ha specificato che "Fermo quanto previsto nell'articolo 29, comma 1, secondo e terzo periodo, contestualmente alla pubblicazione ivi prevista è dato avviso ai concorrenti, mediante PEC o strumento analogo negli altri Stati membri, del 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, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti".

Pertanto, in assenza della pubblicazione di cui al predetto art. 29 d.lgs. n. 50-2016 e della comunicazione di cui all'art. 76 d.lgs. n. 50-2016, non può trovare applicazione l'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., dovendosi quest'ultima ritenere norma di stretta interpretazione in quanto derogatoria del principio tradizionale secondo cui è ammessa l'impugnazione dei soli provvedimenti direttamente lesivi.

Infatti, come ha ulteriormente chiarito la giurisprudenza di questo Consiglio, l'onere di immediata impugnativa dell'altrui ammissione alla procedura di gara senza attendere l'aggiudicazione, previsto dalla trascritta norma, è ragionevolmente subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura (cfr., di recente, Consiglio di Stato, Sez. III, 26 gennaio 2018, n. 565, Sez. V, 23 marzo 2018, n. 1843 e Sez. III, 27 marzo 2018, n. 1902).

2. Pertanto, deve ritenersi che, in difetto di una precisa dimostrazione in tal senso da parte di chi abbia interesse a sostenere tale tesi, deve in linea di principio escludersi che dalla mera partecipazione alle sedute della Commissione di gara dei rispettivi rappresentanti o incaricati possa automaticamente presumersi la conoscenza, in capo alle singole imprese concorrenti, dell'immediata lesività per la propria sfera giuridica dei provvedimenti di ammissione alla gara, in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall'ordinamento processuale.

Inoltre, deve ritenersi che, nel caso di mancata pubblicazione dell'ammissione o esclusione di un partecipante, l'eventuale presenza di un delegato di un concorrente alla seduta di gara in cui si sono deliberate le ammissioni non è, di per sé, idonea alla decorrenza del termine decadenziale nei riguardi dell'impresa interessata.

Pertanto, correttamente, il TAR ha considerato tempestivo il ricorso dell'appellata ASD Mini Speed.

3. Anche il secondo motivo di appello è infondato, poiché l'art. 93 comma 8, d.lgs. n. 50-2016, corrispondente alla formulazione contenuta nell'art. 75, comma 8, d.lgs. n. 163-2006, stabilisce che l'offerta deve essere corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse affidatario.

L'impegno del fideiussore era, inoltre, espressamente richiesto a pena di esclusione anche dal punto 13.9 della lettera d'invito e dal disciplinare di gara, secondo il quale "a norma dell'art. 93, comma 8, del D. Lgs. 50/16 l'offerta deve essere altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore, anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 103 e 105 dello stesso D. Lgs. 50/16, qualora l'offerente risultasse affidatario".

Né può ritenersi possibile, nel caso di specie, il ricorso al c.d. soccorso istruttorio dal momento che la domanda era mancante di un elemento negoziale essenziale e ad essa funzionalmente collegato, e non si può pertanto rientrare nel perimetro della mera integrazione documentale, come correttamente ha argomentato il TAR.

Infatti, l'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50-2016, nel disciplinare il c.d. soccorso istruttorio, esclude che quest'ultimo possa essere utilizzato per integrare l'offerta, circoscrivendone l'utilizzo alle carenze di qualsiasi elemento formale.

Il soccorso istruttorio, infatti, ha come finalità quella di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, non anche di consentire all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte (cfr., di recente, Consiglio di Stato, sez. V, 5 febbraio 2018, n. 721).

Nel caso di specie, invece, l'impegno del fideiussore non solo non era stata presentato dall'appellante società unitamente alla propria offerta, ma addirittura in quel momento non era stato affatto costituito, mancando dunque in radice (in entrambi i casi) un elemento essenziale dell'impegno negoziabile, pacificamente non integrabile ex post.

4. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),

Definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe indicato, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di lite del presente grado di giudizio in favore

della Regione appellata, spese che liquida in euro 5.000,00, oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.