

Termine per l'immediata impugnazione ex art. 120, comma 2-bis, cpa: da quando decorre?

di Valeria Vitale

Data di pubblicazione: 31-3-2018

1.L'onere di immediata impugnazione dell'altrui ammissione alla procedura di gara, senza attendere l'aggiudicazione, è subordinato alla pubblicazione degli atti della gara medesima.

2.L'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. non implica l'assoluta inapplicabilità del principio generale di cui agli artt. 41, comma 2, e 120, comma 5, ultima parte, c.p.a, in base al quale nell'ipotesi di mancata formale comunicazione dell'atto il termine per l'impugnazione decorre comunque dal momento dell'intervenuta piena conoscenza del provvedimento da impugnare, a condizione che l'interessato sia in grado di percepire i profili di lesività.

(1) Conforme: Cons. Stato, Sez. III, 26 gennaio 2018, n. 565

(2) Conforme: Cons. Stato, Sez. III, 13 dicembre 2017, n. 5870

Guida alla lettura

Con la decisione in esame, il Consiglio di Stato esamina la questione relativa all'**onere di immediata impugnazione degli atti dell'altrui ammissione di cui all'art. 120, comma 2-bis, cpa, soffermandosi, in particolare, sull'individuazione del dies a quo per la decorrenza del termine di trenta giorni per l'impugnazione medesima.**

Nello specifico, i giudici amministrativi sono stati chiamati a risolvere il seguente quesito: ai fini della decorrenza del termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso avverso l'altrui ammissione alla gara è necessario che il ricorrente abbia ricevuto formale comunicazione del relativo provvedimento, oppure è sufficiente che lo stesso sia giunto a conoscenza del provvedimento di ammissione o esclusione?

In proposito, viene in rilievo, da una parte, l'**art. 120, comma 2-bis, c.p.a.**, a mente del quale *“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 gennaio 2016, n. 11”*, e, dall'altra parte, gli artt. **41, comma 2, e 120, comma 5, ultima parte, c.p.a.**, che

enunciano un principio generale per il quale in assenza di formale comunicazione dell'atto, o in mancanza di pubblicazione dell'atto di ammissione sulla piattaforma telematica della stazione appaltante, il termine decorre, comunque, dal momento dell'intervenuta piena conoscenza del provvedimento da impugnare.

Individuati i referenti normativi della questione, prima di esaminare la soluzione fornita dal Consiglio di Stato nella sentenza annotata, appare opportuno dare atto dell'esistenza di un dibattito giurisprudenziale sul punto.

Secondo un primo orientamento, infatti, il termine per l'impugnazione dei provvedimenti di ammissione o espulsione decorre dall'avvenuta conoscenza del relativo atto, anche se lo stesso non sia stato ancora pubblicato sul profilo del committente. Condizione necessaria, tuttavia, perché tale meccanismo possa operare è data dal fatto che il ricorrente deve percepire i profili di immediata e diretta lesività (Cfr. Tar Toscana, Sez. I, 18 aprile 2017, n. 582; Tar Puglia, Bari, sez. III, 08.11.2016 n. 1262).

Alla luce di un diverso indirizzo, invece, ai fini del decorso del termine per l'impugnazione ex art. 120, comma 2-bis, cpa, è necessaria la pubblicazione del provvedimento di ammissione o di esclusione sul profilo del committente, come espressamente richiesto dallo stesso art. 120, comma 2-bis, cpa che rinvia all'art. 29, comma 1, del Codice dei contratti pubblici. In tal senso, il citato comma 2-bis dell'art. 120 cpa costituirebbe norma speciale destinata a prevalere rispetto ad altri principi o norme in materia (Cfr. Tar Lazio, sez. III quater, 22 agosto 2017, n. 9379).

Illustrato il quadro giurisprudenziale sul punto, è utile rilevare che a fondamento dei contrapposti orientamenti possono rinvenirsi differenti interessi da tutelare. Se, infatti, la necessità di conoscere il provvedimento nella sua interezza risponde all'esigenza di tutela del ricorrente, a garanzia del suo diritto di difesa, occorre, in ogni caso, considerare che l'esito finale della gara non può sottostare a lungo in una situazione di incertezza, rendendosi, pertanto, necessaria una rapida risoluzione delle relative controversie.

Tanto precisato, è possibile esaminare la soluzione prospettata dal Consiglio di Stato nella decisione in oggetto.

Il Collegio, infatti, pur affermando che l'onere di immediata impugnativa dell'altrui ammissione alla procedura di gara, senza attendere l'aggiudicazione, è ragionevolmente subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura (Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 26 gennaio 2018, n. 565), ha rilevato come la disposizione richiamata "non implica l'assoluta inapplicabilità del generale principio sancito dagli artt. 41, comma 2 e 120, comma 5, ultima parte, del c.p.a., per cui, in difetto della formale comunicazione dell'atto - o, per quanto qui interessa, in mancanza di pubblicazione dell'atto di ammissione sulla piattaforma telematica della stazione appaltante - il termine decorre, comunque, dal momento dell'intervenuta piena conoscenza del provvedimento da impugnare, ma ciò a patto che l'interessato sia in grado di percepire i profili che ne rendano evidente la lesività per la propria sfera giuridica in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall'ordinamento processuale" (V. anche Cons. Stato, Sez. VI, 13/12/2017, n. 5870).

Si assiste, pertanto, in tale pronuncia, ad un contemperamento delle opposte statuizioni e delle differenti esigenze di tutela che vengono in rilievo nell'ambito delle controversie in materia di contratti pubblici.

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 4194 del 2017, proposto da:

Soidra s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Michele Lopiano e Gilda Ferri, con domicilio eletto presso lo studio Claudio Petrucci, in Roma, via Polonia, n. 6;

contro

Lupo Costruzioni Generali s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Carmine Mariano e Lina Caputo, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima, in Roma, via Appia Nuova, n. 107;

nei confronti di

A.S.I.S. Salernitana Reti ed Impianti s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Campania – Salerno, Sezione I, n. 00771/2017, resa tra le parti, concernente l'affidamento della manutenzione ordinaria e straordinaria della rete idrica e fognaria nel territorio del Comune di Bellizzi.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Lupo Costruzioni Generali s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 marzo 2018 il Cons. Alessandro Maggio e udito per la parte appellata l'avvocato Lina Caputo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La A.S.I.S. – Azienda Salernitana Reti ed Impianti s.p.a. ha indetto una procedura negoziata per l'affidamento della manutenzione ordinaria e straordinaria della rete idrica e fognaria nel territorio del Comune di Bellizzi da aggiudicare con il criterio del minor prezzo ex art. 95, comma 4, lett. a), del D. Lgs. 18/4/2016, n. 50, prevedendo nel bando l'esclusione automatica delle offerte che presentassero una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2 dell'art. 97 del citato D.Lgs. n. 50/2016.

La gara, a cui erano state ammesse 10 imprese, è stata aggiudicata alla Soidra s.r.l.

Avverso l'aggiudicazione la Lupo Costruzioni Generali s.r.l., che era stata automaticamente esclusa dalla procedura in quanto la sua offerta superava la soglia di anomalia determinata ai sensi del comma 2, lett. d), del suddetto art. 97, ha proposto ricorso al T.A.R. Campania – Salerno, il quale con sentenza 26/4/2017, n. 771, lo ha accolto, rilevando che la Soidra e la Meritec s.r.l. (anch'essa concorrente) avrebbero dovuto essere escluse dalla gara stante l'esistenza di un collegamento sostanziale tra di loro, di modo che, divenuto *“il numero delle offerte ammesse inferiore a dieci”*, non si sarebbe potuto far luogo all'esclusione automatica della Lupo Costruzioni Generali.

Ritenendo la sentenza erronea e ingiusta la Soidra l'ha appellata.

Per resistere al ricorso si è costituita in giudizio la Lupo Costruzioni Generali.

Alla pubblica udienza del giorno 1/3/2018 la causa è passata in decisione.

In via pregiudiziale va disattesa l'eccezione con cui l'appellata deduce che il gravame sarebbe inammissibile in quanto privo di censure contro la sentenza impugnata.

Ed invero, come emerge chiaramente dall'esame del ricorso in appello, quest'ultimo muove puntuali critiche alla sentenza di primo grado.

Il ricorso può essere, quindi, esaminato nel merito.

Col primo motivo si denuncia l'errore commesso dal giudice di prime cure nel respingere l'eccezione con cui l'odierna appellante aveva dedotto che il ricorso, notificato in data 23/11/2016, sarebbe stato proposto oltre il termine di 30 giorni decorrente dal 7/10/2016, data in cui la Lupo Costruzioni Generali avrebbe appreso quali fossero le imprese ammesse alla gara, essendo presente, tramite un proprio rappresentante, alla seduta in cui la stazione appaltante, esaminate le offerte pervenute, ha disposto l'aggiudicazione provvisoria.

La doglianza è infondata.

Dispone l'art. 120, comma 2 bis, del c.p.a. 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 gennaio 2016, n. 11”*.

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 (Cons. Stato, Sez. III, 26/1/2018, n. 565).

Vero è che la disposizione in parola non implica l'assoluta inapplicabilità del generale principio sancito dagli artt. 41, comma 2 e 120, comma 5, ultima parte, del c.p.a., per cui, in difetto della formale comunicazione dell'atto - o, per quanto qui interessa, in mancanza di pubblicazione dell'atto di ammissione sulla piattaforma telematica della stazione appaltante - il termine decorre, comunque, dal momento dell'intervenuta piena conoscenza del provvedimento da impugnare, ma ciò a patto che l'interessato sia in grado di percepire i profili che ne rendano evidente la lesività per la propria sfera giuridica in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall'ordinamento processuale (Cons. Stato, Sez. VI, 13/12/2017, n. 5870).

Nel caso di specie, dal verbale della seduta del 7/10/2016 si ricava soltanto quali fossero le imprese ammesse alla gara, ma non è possibile trarre alcun elemento da cui desumere eventuali motivi di esclusione di taluna delle imprese partecipanti, per cui deve ritenersi che la conoscenza acquisita dalla Lupo Costruzioni Generali mediante al partecipazione alla detta seduta non fosse idonea a far decorrere il termine d'impugnazione.

E' invece fondata ed assorbente la censura con cui l'appellante lamenta che l'impugnata sentenza sarebbe stata pronunciata in violazione del principio del contraddittorio, stante l'omessa evocazione in giudizio della Meritec.

La sentenza, infatti, ha esaminato e accolto la censura con cui era stata contestata l'ammissione alla gara della detta società, la quale, quindi, assumendo la veste di controinteressata, era parte necessaria del processo.

Il Tribunale amministrativo, pertanto, non avrebbe potuto pronunciare senza prima disporre l'integrazione del contraddittorio nei confronti della Meritec.

La sentenza va conseguentemente annullata con rimessione al primo giudice ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a.

Non possono, invece, essere esaminati i motivi che la Lupo Costruzioni Generali ha riproposto con la memoria di costituzione in giudizio in quanto non affrontati dal Tribunale Amministrativo.

Con i mezzi di gravame in parola viene contestata l'ammissione alla gara della Ferdom Appalti s.r.l. e della CO.GE.G. s.r.l. per ragioni esclusivamente riferibili a ciascuna di esse, ma il ricorso di primo grado non è stato loro notificato con conseguente inammissibilità delle relative censure, circostanza questa che preclude la possibilità di pronunciare sul merito delle stesse.

Ed invero, la mancata evocazione in giudizio delle dette concorrenti non può essere sanata attraverso l'integrazione del contraddittorio, in quanto la posizione di ciascuna delle due è autonoma e indipendente da quella della Soidra, unica controinteressata chiamata in giudizio, per cui non può operare la norma che, ai fini dell'ammissibilità dell'azione di annullamento, impone di notificare il ricorso *"alla pubblica amministrazione che ha emanato l'atto impugnato e ad almeno uno dei controinteressati"* (art. 41, comma 2, c.p.a.), salva la successiva integrazione del contraddittorio nei confronti dei controinteressati pretermessi.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

La peculiarità della questione affrontata giustifica l'integrale compensazione di spese e onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla la sentenza impugnata con rinvio al giudice di primo grado.

Spese compensate.

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