

Importanti spunti riflessivi da parte del Tar Campania in merito ai termini d'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva.

di Tommaso Filippo Massari

Data di pubblicazione: 16-1-2014

Tar Campania, Napoli, Sez. V, ordinanza 19 dicembre 2013, n. 1944

Presidente Scafuri; Estensore Sinatra

1. Sussiste la giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lettera e) n. 1, c.p.a. qualora nell'ambito di una gara pubblica vengano avanzate censure sulla fase successiva all'aggiudicazione ma antecedente alla stipulazione del contratto. Ciò in quanto nell'attuale sistema, come delineato dall'art. 11 del d.lgs. n. 163 del 2006, è venuta meno la precedente equipollenza tra verbale di aggiudicazione e contratto, la cui stipulazione segna, tradizionalmente, la conclusione della fase in cui possono essere ravvisati interessi legittimi, per aprire quella in cui si ravvisano posizioni di diritto soggettivo.

2. Ai sensi dell'art. 120 c.p.a., il termine per impugnare l'aggiudicazione definitiva comincia a decorrere dal momento in cui l'impresa non aggiudicataria ha ricevuto la comunicazione di cui all'art. 79, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 163 del 2006, e non dal momento, eventualmente successivo, in cui la stazione appaltante abbia concluso con esito positivo la verifica della sussistenza dei requisiti di gara in capo all'aggiudicatario, ai sensi dell'art. 11, comma 8, dello stesso d.lgs. Tuttavia, al fine di assumere valore utile alla decorrenza del termine decadenziale, tale comunicazione deve rivestire i requisiti previsti dall'art. 79 citato, ossia contenere il provvedimento e la relativa motivazione includente almeno le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata ed il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto. Ciò vale a maggior ragione quando le censure sollevate nel ricorso si appuntino sulla fase successiva all'aggiudicazione.

REPUBBLICA ITALIANA

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**(Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 5699 del 2013, proposto da:

Saint Gobain Pam Italia, rappresentato e difeso dagli avv. Stefano Grassani, Giovanna Piazzalunga, Claudio Pepe, con domicilio eletto presso Claudio Pepe in Napoli, c.so Vittorio Emanuele 175;

contro

Abc-Acqua Bene Comune Azienda Speciale Napoli, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Vosa, con domicilio eletto presso Paolo Vosa in Napoli, via G. Fiorelli,14;

nei confronti di

Jindal Saw Italia Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Maria Alessandra Sandulli, Mario R. Spasiano, con domicilio eletto presso Mario R. Spasiano in Napoli, c.so Vitt. Emanuele 110/2;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

dell'aggiudicazione definitiva della procedura aperta indetta per l'approvvigionamento di tubazioni e pezzi speciali in ghisa sferoidale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Abc-Acqua Bene Comune Azienda Speciale Napoli e di Jindal Saw Italia Spa;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2013 il dott. Achille Sinatra e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto che:

a) pare sussistere la giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo ai sensi dell'art. 133 comma I lettera e) n. 1, dal momento che, nell'attuale sistema, come delineato principalmente dall'art. 11 del d. lgs. n. 163/2006, è venuta meno la precedente equipollenza tra verbale di aggiudicazione e contratto, la cui stipulazione segna, tradizionalmente, la conclusione della fase in cui possono essere ravvisati interessi legittimi, per aprire quella in cui si ravvisano posizioni di diritto soggettivo fra tante, v. Cassazione civile sez. un. 11/01/2011 n. 391);

b) quanto alla tempestività del ricorso, è vero che, ai sensi dell'art. 120 c.p.a., il termine per impugnare l'aggiudicazione definitiva comincia a decorrere dal momento in cui l'impresa non aggiudicataria ha ricevuto la comunicazione di cui all'art. 79, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 163 del 2006, e non dal momento, eventualmente successivo, in cui la stazione appaltante abbia concluso con esito positivo la verifica della sussistenza dei requisiti di gara in capo all'aggiudicatario, ai sensi dell'art. 11, comma 8, dello stesso d.lgs. (A.P. 31 luglio 2012 n. 31);

- tuttavia, la comunicazione via fax del 10 ottobre 2013 dalla stazione appaltante alla ricorrente, cui le parti resistenti annettono il valore di comunicazione utile alla decorrenza del termine decadenziale d'impugnazione, non pare rivestire i requisiti previsti dall'art. 79 citato, atteso che essa manca del provvedimento e della relativa motivazione contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lettera c), e cioè i le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata ed il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto (Consiglio di Stato, sez. III, 11/02/2013 n. 763);

- infatti, con la citata comunicazione via fax la ABC Napoli si è limitata a dare risposta parziale alla società aggiudicataria (informandone per mera conoscenza la seconda graduata) in merito all'istanza di accesso agli atti da essa formulata, solo incidentalmente citando l'intervenuta aggiudicazione definitiva (e riservandosi l'ostensione di parte della documentazione richiesta solo dopo la fase di verifica del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicataria definitiva;

-peraltro, la ricorrente appunta le proprie censure sulla fase successiva all'aggiudicazione (e solo in via riflessa su quest'ultimo provvedimento) e precedente alla stipulazione del contratto;

Ritenuto che l'istanza cautelare debba essere tuttavia respinta, in quanto:

a) secondo quanto puntualmente dedotto e documentato dalla contro interessata, pare allo stato rispettato il requisito di fornitura previsto dall'art. 234 comma II d. lgs. 163/2006 e dall'art. 5.1 del CSA in ordine alla produzione non in paesi terzi per più del 50% del totale dei beni oggetto del contratto, atteso che il materiale grezzo che proviene dal complesso industriale indiano pare subire nello stabilimento di Trieste una trasformazione essenziale alla luce del Regolamento 450/2008 CE in vigore dal 24.6.2013 fino al 30.10.2013 (e dunque alla data di pubblicazione del bando), per il cui art. 36 comma II "*Le merci alla cui produzione*

hanno contribuito due o più paesi o territori sono considerate originarie del paese o territorio in cui hanno subito l'ultima trasformazione sostanziale", quali paiono essere zincatura e verniciatura (lavorazioni delle quali, altrimenti, non si comprenderebbe la necessità);

b) dagli atti di causa emerge che la ricorrente ha adempiuto agli oneri documentali successivi all'aggiudicazione, anche in considerazione di quanto detto a proposito dell'origine dei prodotti finiti;

c) non pare emergere la dedotta illegittimità derivata dell'aggiudicazione dagli asseriti vizi nel procedimento successivo alla stessa, sia perché tale fase è immune dalle censure dedotte contro di essa, sia perché essa attiene all'efficacia, e non alla validità di tale provvedimento;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta) respinge l'istanza cautelare in epigrafe.

Spese della presente fase compensate.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Guglielmo Passarelli Di Napoli, Consigliere

Achille Sinatra, Primo Referendario, Estensore

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Attraverso l'ordinanza in commento, il Tribunale Amministrativo per la Regione Campania ha fornito nuovi importanti spunti riflessivi in merito al termine decadenziale entro cui gravare l'esito di una gara pubblica comunicata ex art. 79 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Nel rigettare l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente seconda classificata – la quale aveva impugnato l'aggiudicazione definitiva di una procedura aperta nei settori speciali finalizzata

all'approvvigionamento di tubazioni e componenti in ghisa – il Tar Napoli ha ritenuto che il ricorso dalla stessa avanzato non potesse esser ritenuto – come invece eccetto dalla resistente – tardivo nonostante fosse stato notificato oltre il termine di trenta giorni dal ricevimento della comunicazione di aggiudicazione definitiva avvenuta tramite fax da parte della stazione appaltante.

Anzitutto, viene ribadito quanto espresso da parte dell'Adunanza Plenaria n. 31 del 2012 (e pacificamente accolto dalla successiva giurisprudenza), ossia che **il termine decadenziale per impugnare l'aggiudicazione definitiva cominci a decorrere dal momento in cui l'impresa non aggiudicataria abbia ricevuto la comunicazione di cui all'art. 79, comma 1, lett. a) del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e non dal momento, eventualmente successivo, in cui la stazione appaltante abbia concluso con esito positivo la verifica della sussistenza dei requisiti di gara in capo all'aggiudicatario, ai sensi dell'art. 11, comma 8, del medesimo testo legislativo.** Fin qui *nulla quaestio*.

In secondo luogo, viene sottolineato che, ai sensi del comma 5-bis dell'art. 79, è stato previsto che le comunicazioni di cui al comma 5 del medesimo articolo – ossia, come nel caso di specie, la comunicazione di aggiudicazione definitiva al concorrente che segue in graduatoria – sono compiute in forma scritta, con 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.

Ciò posto, e per quel che qui interessa, secondo i giudici del Tar Napoli **la comunicazione di cui all'art. 79 del Codice dei contratti pubblici, per essere in tal senso produttiva di effetti, necessita di alcuni necessari requisiti in mancanza dei quali la presunzione di piena conoscenza non può esser *sic et simpliciter* dedotta.** Così, al fine di riconnettere il valore di comunicazione utile al fine del decorso dei termini d'impugnazione dell'aggiudicazione, la comunicazione dovrà necessariamente contenere: **i) il provvedimento; ii) la relativa motivazione contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lett. c), ovvero “le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto”.**

In caso contrario, quindi, l'impugnazione sarà tempestiva essendo questa da valutarsi esclusivamente sulla base dell'effettiva conoscenza – pur nei suoi termini essenziali – del provvedimento lesivo.

Inoltre, viene affermata **la giurisdizione del giudice amministrativo nelle controversie inerenti una fase successiva all'aggiudicazione definitiva ma antecedente alla stipulazione del contratto** e ciò poiché con le modificazioni introdotte con l'art. 11 del d.lgs. 163/2006 “è venuta meno la precedente equipollenza tra verbale di aggiudicazione e contratto, la cui stipulazione segna, tradizionalmente, la conclusione della fase in cui possono essere ravvisati interessi legittimi, per aprire quella in cui si ravvisano posizioni di diritto soggettivo”.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Con l'ordinanza in commento, viene fornita un'interpretazione sostanziale alle norme procedurali del Codice dei contratti pubblici, in particolar modo all'art. 79 recante la disciplina delle comunicazioni circa le informazioni rilevanti di gara ai concorrenti. Ai fini del calcolo del

termine di trenta giorni entro cui impugnare l'aggiudicazione di una gara, le parti interessate – la stazione appaltante, l'aggiudicatario e gli altri concorrenti – dovranno far riferimento non alla data della comunicazione *tout court* (effettuata eventualmente tramite fax) ma alla data di quella compiuta nel rispetto delle prescrizioni previste per tale comunicazione dall'art. 79 del Codice dei contratti pubblici. In caso contrario, tale comunicazione non sortirà gli effetti previsti poiché la presunzione di conoscenza del provvedimento non potrà ritenersi integrata. In tal caso, quindi, il termine entro cui gravare l'aggiudicazione subirà un'inevitabile espansione (*rectius* corretta rimodulazione) in considerazione dell'effettiva conoscenza del provvedimento. Ciò sulla base dell'art. 120, comma 5, c.p.a. in coerenza con la regola generale dettata dall'art. 41, comma 2, c.p.a. secondo cui il termine di impugnazione del provvedimento amministrativo decorre dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza dell'atto.

In conclusione, la comunicazione tramite fax effettuata da parte della stazione appaltante alla seconda classificata, cui generalmente si annette il valore di comunicazione utile alla decorrenza del termine decadenziale d'impugnazione dell'esito della medesima, dovrà essere compiuta con l'indicazione di tutti gli elementi tassativamente indicati dall'art. 79 d.lgs. n. 163/2006.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

G.F. Nicodemo, *Il contenzioso dinanzi al giudice amministrativo: il rito processuale superspecialissimo*, in F. Caringella – M. Giustiniani (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Ed. Dike, 2014;

F. Caringella – M. Giustiniani, *Codice dei contratti pubblici annotato con la giurisprudenza Amministrativo*, Ed. Dike, 2014.