

Tempestività del ricorso e principio di segretezza delle offerte: le ri-sposte del T.A.R. Calabria

di Nicola Durante, Stefano Costarella

Data di pubblicazione: 25-7-2016

1. In tema di appalti il termine di trenta giorni per l'impugnativa del provvedimento di esclusione o di aggiudicazione non decorre sempre dal momento della comunicazione, di cui ai commi 2 e 5 dell'articolo 79, ma può essere incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto (che si ritenga) leso dall'esclusione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità laddove questi non fossero oggettivamente evincibili dalla richiamata comunicazione e - comunque - entro il limite dei dieci giorni che il richiamato comma 5-*quater* fissa per esperire la particolare forma di accesso - semplificato ed accelerato - ivi disciplinata. (1)

2. Se la riduzione dei tempi di progettazione e di esecuzione dei lavori, unitamente al prezzo, sono considerati nel disciplinare quali coefficienti degli elementi di valutazione quantitativa e, quindi, quali elementi di valutazione di carattere automatico, allora, secondo una regola costituente chiaro corollario del principio di segretezza delle offerte, essi non devono essere conosciuti al momento della valutazione discrezionale degli elementi dell'offerta tecnica. (2)

(1) *Conformi: Cons. Stato, Sez. V, 6 maggio 2015, n. 2274; Cons. Stato, Sez. III, 28 agosto 2014, n. 4432/2014; Corte Giust., Sez. V, 8 maggio 2014, in causa C-161/13. Contrari: T.A.R. Piemonte Torino Sez. I, 05/03/2015, n. 410.*

(2) *Conformi: T.A.R. Calabria – Catanzaro, Sez. I, 6 giugno 2016, n. 1172, peraltro in accordo con T.A.R. Puglia - Bari, Sez. I, 2 settembre 2014, n. 1053, T.A.R. Umbria, 7 maggio 2010 n. 279.*

Guida alla lettura

La sentenza in esame, relativa alla impugnazione di un'aggiudicazione definitiva di un appalto, affronta due problematiche particolarmente rilevanti nell'ambito del panorama giurisprudenziale in materia: la tempestività del ricorso nel rito degli appalti e l'ambito di operatività del principio di segretezza delle offerte.

Con riferimento alla prima questione, il quadro normativo applicabile *ratione temporis* alla fattispecie esaminata dal T.A.R. Calabria è quello risultante dal combinato disposto dell'art. 120, comma 5, c.p.a. e 79, commi 5 e 5-*quater*, d.lgs. 163/2006. In particolare, l'art. 120, comma 5, c.p.a. prevede che, in tema di appalti, **il ricorso**, principale o incidentale e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di **trenta giorni**, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all' articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. L'art. 79, ai commi 5 e 5-*quater*, d.lgs. 163/2006, disciplina, rispettivamente, **le comunicazioni** (segnatamente, per quel che qui rileva, relative ad aggiudicazioni ed esclusioni) che la stazione appaltante deve inviare d'ufficio, in ogni caso, ai soggetti partecipanti alla gara, e l'**accesso** agli atti della procedura, che può essere effettuato entro il termine massimo di **dieci giorni** dal ricevimento delle suddette comunicazioni. La giurisprudenza amministrativa, sul punto della tempestività del ricorso nell'ambito del rito appalti, si è interrogata se il termine di trenta giorni decorra sempre e comunque dal giorno della ricezione della comunicazione di cui al comma 5 dell'art. 79, d.lgs. 163/2006, ovvero se, nel solo caso in cui la presunta violazione delle disposizioni comunitarie e nazionali poste a fondamento del ricorso non sia immediatamente percepibile dal contenuto di tale comunicazione decorra, decorra dal giorno in cui è stato possibile ottenere integrale accesso agli atti della procedura ai sensi del comma 5-*quater* del medesimo art. 79, e comunque non oltre il decimo giorno dalla comunicazione di cui al comma 2, lett. c) e di cui al comma 5 del medesimo articolo (Cons. Stato Sez. VI, 11/02/2013, n. 790). L'opzione prevalente, seguita dalla Sentenza in esame, sulla scia anche della giurisprudenza comunitaria, afferma che dalla **comunicazione** del provvedimento di esclusione ovvero del provvedimento di aggiudicazione decorre il **termine** per l'impugnazione del provvedimento e la contestazione dei vizi dallo stesso desumibili, mentre, per ciò che riguarda i **vizi** desumibili dagli atti **endoprocedimentali** già adottati al tempo della comunicazione del provvedimento di esclusione o di aggiudicazione, il termine decorre dalla data in cui il ricorrente è venuto a **conoscenza** o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni (Cons. Stato Sez. V, Sent., 06-05-2015, n. 2274; Corte Giust., Sez. V, 8 maggio 2014, in causa C-161/13).

Per quanto riguarda la seconda questione, il T.A.R. Calabria, confermando un consolidato orientamento giurisprudenziale, afferma che, se la **riduzione dei tempi** di progettazione e di esecuzione dei lavori, unitamente al prezzo, sono considerati nel disciplinare quali coefficienti degli **elementi di valutazione** quantitativa e, quindi, quali elementi di valutazione di carattere automatico, allora, secondo una regola costituente chiaro corollario del **principio di segretezza** delle offerte, essi non devono essere conosciuti al momento della valutazione discrezionale degli elementi dell'offerta tecnica. Pertanto, deve essere annullata, in quanto **illegittima**, la disposizione del disciplinare che preveda l'obbligo, a carico dei partecipanti, di fornire indicazioni circa la riduzione dei tempi di esecuzione e di progettazione dei lavori nell'ambito della presentazione di offerte tecniche.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 c.p.a.;

sul ricorso numero di registro generale 760 del 2016, proposto da:

Concolino Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Achille Morcavallo e Oreste Morcavallo, domiciliata ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria di questo Tribunale Amministrativo Regionale, in Catanzaro, alla via De Gasperi, n. 76/B;

contro

Commissario straordinario delegato per il sollecito espletamento delle procedure relative alla realizzazione degli interventi di mitigazione del rischio idrogeologico da effettuare nel territorio della Regione Calabria, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catanzaro, domiciliato presso gli Uffici di questa, in Catanzaro, alla via G. da Fiore, n. 34;

nei confronti di

Tommaso De Nisi, non costituito in giudizio;

Falvo Ing. Ermanno E.R. S.u.r.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria della costituenda A.T.I. con Bers S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Francesca Terzi, domiciliata ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria di questo Tribunale Amministrativo Regionale, in Catanzaro, alla via De Gasperi, n. 76/B;

per l'annullamento

- del disciplinare di gara per l'offerta tecnica sulla progettazione definitiva e la realizzazione dell'intervento CS 0034/10 – Cosenza – *“Interventi di consolidamento franoso in loc. Fuochi di Balzata nel Comune di Rogliano”*, e in particolare degli artt. 4.1. (*“Modalità di gara e criterio di aggiudicazione”*) e 4.1.1., che prescrive l'inclusione, nell'offerta tecnica, di una relazione tecnica ai fini della valutazione della riduzione del tempo di esecuzione, disponendo che la relazione medesima debba illustrare e giustificare la riduzione del tempo di esecuzione tramite un dettagliato programma esecutivo;

- dei verbali, redatti dalla Commissione per la valutazione delle offerte pervenute del 9 dicembre 2015, prot. n. 871, del 15 dicembre 2015, prot. n. 985, e del 23 dicembre 2015, prot. n. 1005;

- della nota dell'1 marzo 2016, prot. gare n. 191, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria in favore dell'A.T.I. Falvo Ing.er S.u.r.l. e Bers S.r.l.;

- del decreto commissariale del 9 maggio 2016, n. 407, di *"Approvazione del progetto definitivo secondo le migliorie presentate in gara e aggiudicazione definitiva"*;

- dell' *"Avviso relativo agli appalti aggiudicati"*;

e per il conseguimento dell'aggiudicazione e per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, ove nelle more eventualmente stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Commissario straordinario delegato per il sollecito espletamento delle procedure relative alla realizzazione degli interventi di mitigazione del rischio idrogeologico da effettuare nel territorio della Regione Calabria e di Falvo Ing.er S.u.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2016 il dott. Francesco Tallaro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

Rilevato che:

1) la Concolino Costruzioni S.r.l. ha partecipato, unitamente a Tommaso De Nisi e alla A.T.I. tra Falvo Ing. Ermanno E.R. S.u.r.l. e Bers S.r.l., alla procedura a evidenza pubblica indetta dal Commissario straordinario delegato per il sollecito espletamento delle procedure relative alla realizzazione degli interventi di mitigazione del rischio idrogeologico da effettuare nel territorio della Regione Calabria e avente a oggetto *Interventi di consolidamento franoso in loc. Fuochi di Balzata nel Comune di Rogliano*;

2) intervenuta l'aggiudicazione definitiva a favore dell'A.T.I. tra Falvo Ing. Ermanno E.R. S.u.r.l. e Bers S.r.l., la Concolino Costruzioni ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione e gli altri atti meglio indicati in epigrafe, deducendo che essi risulterebbero illegittimi in ragione della violazione del principio della segretezza delle offerte;

3) in particolare, nell'ambito dell'offerta tecnica i soggetti controinteressati avrebbero dato indicazioni sul tempo di esecuzione dell'opera, e cioè su un parametro di valutazione

quantitativa dell'offerta;

4) l'amministrazione intimata si è costituita in giudizio per resistere al ricorso;

5) anche la parte controinteressata si è costituita per contrastare la domanda della società ricorrente;

6) alla camera di consiglio del 19 luglio 2016 il ricorso, sussistendone i presupposti e previo avviso alle parti, è stato discusso nel merito e spedito in decisione ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

Osservato che:

7) la società ricorrente ha ricevuto in data 9 maggio 2016 messaggio di posta elettronica certificata recante l'avviso di cui all'art. 79, comma 5 d.lgs. 12 aprile 2016, n. 163, e con allegato il decreto commissariale del 9 maggio 2016, n. 407, di *"Approvazione del progetto definitivo secondo le migliorie presentate in gara e aggiudicazione definitiva"*;

8) l'odierno ricorso è stato avviato alla notifica in data 9 giugno 2016, ma nonostante ciò esso non è da considerarsi tardivo;

9) infatti, occorre seguire l'orientamento (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 6 maggio 2015, n. 2274; Cons. Stato, Sez. III, 28 agosto 2014, n. 4432/2014) per il quale:

- 9a) l'art. 120, comma 5, c.p.a. ha stabilito che le impugnative avverso gli atti delle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture devono essere proposte nel termine abbreviato di trenta giorni, decorrente dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163;

- 9b) lo stesso art. 79, comma 5-*quater*, consente l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia;

- 9c) dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione decorre il termine per l'impugnazione del provvedimento e la contestazione dei vizi dallo stesso desumibili, mentre, per ciò che riguarda i vizi desumibili dagli atti endoprocedimentali già adottati al tempo della comunicazione del provvedimento di aggiudicazione, il termine decorre dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni (Corte Giust., Sez. V, 8 maggio 2014, in causa C-161/13);

- 9d) il termine di trenta giorni per l'impugnativa del provvedimento di esclusione o di aggiudicazione non decorre sempre dal momento della comunicazione, di cui ai commi 2 e 5 dell'articolo 79, ma può essere incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto (che si ritenga) leso dall'esclusione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità laddove questi non fossero oggettivamente evincibili dalla richiamata comunicazione e - comunque - entro il limite dei dieci giorni che il richiamato comma 5-*quater* fissa per esperire la particolare forma di accesso - semplificato ed

accelerato - ivi disciplinata (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 896);

10) nel caso di specie, dalla comunicazione inviata dall'amministrazione non emergeva il vizio denunciato in questa sede, sicché il termine di trenta giorni per l'impugnativa dell'aggiudicazione non è iniziato a decorrere dal 9 maggio 2016, ma da una data successiva, comunque utile a far ritenere tempestivo il ricorso;

Ritenuto, nel merito, che:

11) deve essere riconfermato l'orientamento, recentemente espresso da questo Tribunale Amministrativo Regionale (T.A.R. Calabria – Catanzaro, Sez. I, 6 giugno 2016, n. 1172, peraltro in accordo con T.A.R. Puglia - Bari, Sez. I, 2 settembre 2014, n. 1053 e, sia pure in vigore del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 559, T.A.R. Umbria, 7 maggio 2010 n. 279), per il quale se la riduzione dei tempi di progettazione e di esecuzione dei lavori, unitamente al prezzo, sono considerati nel disciplinare quali coefficienti degli elementi di valutazione quantitativa e, quindi, quali elementi di valutazione di carattere automatico, allora, secondo una regola costituente chiaro corollario del principio di segretezza delle offerte, essi non devono essere conosciuti al momento della valutazione discrezionale degli elementi dell'offerta tecnica;

12) nel caso di specie, la riduzione del tempo di esecuzione era prevista, dall'art. 4 del disciplinare di gara per l'offerta tecnica sulla progettazione definitiva e la realizzazione dell'intervento, quale elemento di valutazione automatica dell'offerta, e dunque quale parametro di valutazione quantitativa dell'offerta, destinato a non essere conosciuto al momento della valutazione discrezionale degli elementi dell'offerta tecnica;

13) nonostante ciò, le offerte tecniche presentate da entrambi i controinteressati contenevano indicazioni sul tempo di esecuzione dell'opera;

14) in effetti, tale indicazione appare conforme – come rilevato dalla stessa commissione valutatrice - a quanto richiesto dall'art. 4.1.1. del disciplinare, secondo il quale l'offerta tecnica *“dovrà contenere altresì una relazione tecnica (...)da predisporre con riferimento agli elementi (...)d) riduzione del tempo di esecuzione dei lavori (...) in cui siano dettagliati: l'approccio metodologico tecnico-progettuale-esecutivo, con la dimostrazione del rispetto dei fabbisogni e delle esigenze espresse dalla Stazione Appaltante, giustificando, in maniera inequivocabile, la riduzione del tempo di esecuzione tramite un dettagliato programma esecutivo”*;

15) deve dunque, ritenersi l'illegittimità dell'art. 4.1.1. del disciplinare, che si comunica conseguentemente a tutti gli altri atti della procedura impugnata;

16) il ricorso deve essere conseguentemente accolto, con annullamento degli atti impugnati;

17) le spese di lite tra società ricorrente e amministrazione intimata debbono essere regolate secondo il principio della soccombenza, potendo essere compensate nei confronti dei controinteressati, che non hanno dato causa all'illegittimità riscontrata;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto:

a) annulla l'art. 4.1.1. del disciplinare di gara per l'offerta tecnica sulla progettazione definitiva e la realizzazione dell'intervento CS 0034/10 – Cosenza – *“Interventi di consolidamento franoso in loc. Fuochi di Balzata nel Comune di Rogliano”*;

b) annulla tutti i provvedimenti ad esso conseguenti;

c) condanna l'amministrazione resistente, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, alla rifusione, in favore della società ricorrente, delle spese e competenze di lite, che liquida nella misura di € 3.000,00, oltre al rimborso del contributo unificato e delle spese generali nella misura del 15%, nonché oltre a IVA e CPA come per legge;

d) compensa le spese di lite tra le altre parti del processo.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2016