

Differimento del termine di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva in caso di mancata conoscenza degli atti – Offerta migliorativa

di Marcello Fortunato

Data di pubblicazione: 8-2-2017

1. In tema di appalti, il c.d. "termine breve" per l'impugnazione degli atti e/o provvedimenti che non siano stati trasmessi unitamente alla comunicazione di aggiudicazione definitiva e che costituiscono oggetto dell'accesso può essere incrementato, al massimo di dieci giorni, fermo restando che se la P.A. rifiuta illegittimamente di consentire l'accesso, il termine non inizia a decorrere e gli atti non visionati non si consolidano ed il potere di impugnare dell'interessato pregiudicato di tale condotta amministrativa non si "consuma" (1).

2. E' inammissibile il ricorso incidentale del secondo graduato, il quale subisce l'impugnativa del terzo graduato, al fine di "sostenere il giusto diritto all'aggiudicazione dei lavori" in sostituzione dell'aggiudicatario.

3. L'offerta migliorativa che necessita di un parere aggiuntivo non qualifica l'offerta come condizionata: *"la qualificazione come condizione dell'evento suindicato non può ritenersi insita nella sua inerenza all'esercizio di un potere amministrativo, anche se discrezionalmente connotato, essendo proprio di quest'ultimo la necessaria aderenza a criteri giuridici ed extra-giuridici che garantiscono la ragionevole prevedibilità dei relativi esiti"*.

(1) *Precedenti conformi: Consiglio di Stato - Sez. III, 21 marzo 2016, n. 1143; Cons. Stato - Sez. III, 28 agosto 2014, n. 4432*

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1981 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Elettrica Sistem s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Italo Rocco e Antonio Melucci, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Italo Rocco in Salerno, via Staibano n. 3;

contro

Comune di Cava de' Tirreni, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Giuliana Senatore e Antonino Cascone, con domicilio eletto in Salerno, largo Plebiscito n.6, presso l'avv. Scarpa;

nei confronti di

Consorzio Stabile Campania s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Marcello Fortunato, con domicilio eletto presso il suo studio in Salerno, via SS. Martiri Salernitani n. 31;

ditta Scermino geom. Antonio, in proprio e nella qualità di capogruppo dell'A.T.I. "Scermino geom. Antonio – Dielle Impianti s.r.l.", rappresentato e difeso dall'avvocato Nicola Scarpa, con domicilio eletto presso il suo studio in Salerno, largo Plebiscito n. 6;

per l'annullamento

della determinazione n.2047 del 29/9/2016 del Dirigente del IV Settore "Lavori Pubblici e Ambiente" del Comune di Cava de' Tirreni, recante l' approvazione dei verbali di gara e l'aggiudicazione definitiva dei "lavori di sistemazione impianti, accessi e opere di sicurezza nel parcheggio sito al corso Principe Amedeo/area Trincerone", di tutti gli atti connessi e presupposti, nonché per l'accertamento del diritto della ricorrente all'aggiudicazione, con subentro nell'affidamento e declaratoria del contratto eventualmente stipulato

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cava de' Tirreni, del Consorzio Stabile Campania s.r.l. e della ditta Scermino geom. Antonio, nonché il ricorso incidentale proposto da quest'ultima;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2017 il dott. Ezio Fedullo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Rilevata preliminarmente l'inammissibilità del ricorso incidentale proposto dalla ditta Scermino geom. Antonio, destinataria del ricorso principale quale impresa seconda classificata;

Rilevato infatti che, ai sensi dell'art. 42, comma 1, cod. proc. amm., "le parti resistenti e i controinteressati possono proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale, a mezzo di ricorso incidentale";

Considerato per contro che il gravame incidentale è stato espressamente proposto al fine di "sostenere il giusto diritto all'aggiudicazione dei lavori in sostituzione del Consorzio Stabile Campania";

Rilevato che il suddetto ricorso incidentale non potrebbe essere nemmeno utilmente qualificato come autonomo, risultando in tale veste tardivamente proposto, atteso che la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva è stata effettuata dalla stazione appaltante all'impresa Scermino geom. Antonio, ai sensi dell'art. 79, comma 5, lett. a) d.lvo n. 163/2006, in data 24.10.2016 (cfr. la ricevuta di consegna pec allegata alla memoria difensiva comunale del 7.1.2017), mentre il ricorso è stato notificato solo in data 19.12.2016, in contrasto con la regola giurisprudenziale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, n. 3308 del 22 luglio 2016) secondo la quale "nel caso in cui sorga l'interesse ad impugnare atti (e/o a censurare condotte e vizi di legittimità) conosciuti in occasione dell'accesso, il termine decadenziale breve (di trenta giorni) "slitta in avanti" (*rectius*: dev'essere prorogato; va incrementato) di un numero di giorni pari a quello che si è reso necessario per acquisire la piena conoscenza degli atti (delle condotte e dei profili di illegittimità) in questione. E poiché, come si è visto, il termine per effettuare l'accesso è stato fissato dal Legislatore in soli dieci giorni (e ciò in ragione delle esigenze di celerità che caratterizzano il procedimento in materia di affidamento di lavori, forniture e servizi pubblici), la giurisprudenza ha affermato (cfr. C.S., III[^], 28.8.2014 n. 4432) che nelle pubbliche gare d'appalto il c.d. 'termine breve' per l'impugnazione degli atti e/o provvedimenti che non siano stati trasmessi unitamente alla comunicazione della decisione di aggiudicazione e che costituiscono oggetto dell'accesso (*id est*: degli atti non immediatamente conosciuti in occasione della comunicazione dell'intervenuta aggiudicazione) può essere incrementato, al massimo, di dieci giorni (fermo restando, beninteso, che se la P.A. rifiuta illegittimamente di consentire l'accesso, il termine non inizia a decorrere; gli atti non visionati non si consolidano ed il potere di impugnare, dell'interessato pregiudicato da tale condotta amministrativa, non si 'consuma')" (così, testualmente, Consiglio di Stato, Sez. III, 21 marzo 2016 n. 1143);

Vista quindi la censura, formulata con il ricorso principale, con la quale l'impresa Elettrica Sistem s.r.l., classificatasi in terza posizione, deduce che le prime due graduate dovevano essere escluse dalla gara in quanto avevano proposto offerte (tecniche) condizionate, contemplando le stesse soluzioni migliorative che, incidendo sull'aspetto esteriore degli immobili e ricadendo l'intervento interessato in area paesaggisticamente tutelata, richiedevano il parere preventivo della Soprintendenza: in particolare, il Consorzio Stabile Campania, aggiudicatario, ha proposto la realizzazione di un impianto fotovoltaico su una pensilina metallica, a copertura delle rampe di accesso e di uscita dal realizzando parcheggio interrato, mentre l'A.T.I. Scermino, seconda classificata, ha proposto la realizzazione di un impianto fotovoltaico sulla copertura dei vani scala a servizio dell'autorimessa;

Ritenuta l'infondatezza della censura;

Evidenziato invero che la parte ricorrente non adduce alcun elemento concreto da cui inferire il carattere *incertus an* del preteso evento condizionante, rappresentato dal rilascio della prescritta autorizzazione paesaggistica, con i conseguenti effetti negativi sulla certezza dell'offerta;

Rilevato invero che la qualificazione come condizione dell'evento suindicato non può ritenersi insita nella sua inerenza all'esercizio di un potere amministrativo, anche se discrezionalmente connotato, essendo proprio di quest'ultimo la necessaria aderenza a criteri giuridici ed extra-giuridici che garantiscono la ragionevole prevedibilità dei relativi esiti;

Considerato invece che la parte ricorrente non allega alcun elemento che induca a ritenere ragionevolmente prevedibile l'esito negativo dell'*iter* autorizzatorio concernente l'impianto fotovoltaico proposto dalle imprese controinteressate;

Evidenziato infatti che il parere contrario della Soprintendenza di cui all'all. n. 4 della relazione tecnica depositata dalla parte ricorrente in data 16.12.2016 scaturisce da profili specifici della fattispecie esaminata, di cui non è dimostrato il ricorrere con riferimento alla contestata soluzione migliorativa;

Evidenziato per contro che il contesto urbanizzato dell'intervento e la stessa tipologia dell'opera in questione inducono ad escludere la sussistenza di profili di incompatibilità con i valori paesaggistici tutelati, tali da lasciar prevedere l'esito negativo dell'*iter* autorizzatorio;

Rilevato altresì che l'inapplicabilità della sanzione espulsiva discende dalla stessa giurisprudenza che ha ricondotto siffatta tipologia di eventi, connessi alla proposta migliorativa dell'impresa offerente ma esterni al suo impegno (perché dipendenti dall'esercizio di poteri amministrativi di pertinenza di Enti terzi), al concetto di condizione, avendo essa precisato che "l'inammissibilità riguarda non una componente essenziale dell'offerta bensì un suo elemento accessorio. Infatti, l'offerta della controinteressata prevede l'impianto in parola come elemento aggiuntivo ai sensi del criterio 2.c di cui all'art. 4.1 del Disciplinare (doc. 10 fasc. ASP 1). Il citato art. 4.1 consente "miglioramenti" progettuali "in funzione degli elementi di valutazione", sicché l'inutilizzabilità della proposta migliorativa, se ha dirette ripercussioni sull'attribuzione del punteggio, tuttavia non comporta l'automatica esclusione dell'offerta nel suo complesso, a meno che risulti impossibile scindere l'elemento aggiuntivo da quelli costituenti componenti necessarie dell'offerta. Poiché non è l'offerta tecnica a porsi in contrasto con i limiti dettati dal Disciplinare, ma un suo elemento accessorio, sembra quindi al Collegio che l'inammissibilità di quest'ultimo comporta unicamente che l'offerta debba essere ricondotta al suo contenuto essenziale e necessario e come tale valutata. Dall'accoglimento del ricorso non deriva, quindi, l'esclusione della controinteressata bensì la rideterminazione, da parte della Commissione, del punteggio alla stessa assegnato all'esito dello stralcio dall'offerta della proposta migliorativa (e delle voci di prezzo ad essa riferite), con le conseguenti operazioni di riparametrazione e redazione della nuova graduatoria" (cfr. T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, n. 266 del 15 luglio 2016);

Ritenuta, da questo punto di vista, l'infondatezza della censura con la quale la parte ricorrente, sul presupposto del carattere condizionato delle suddette offerte, allega che la stazione appaltante avrebbe dovuto azzerare il punteggio (di 35 punti) spettante per l'elemento 2 dell'offerta tecnica, in relazione agli elementi di valutazione 2.a e 2.b, con conseguente esclusione delle imprese offerenti per effetto del mancato raggiungimento del punteggio minimo di 55 punti previsto dalla *lex specialis* per il progetto qualitativo;

Rilevato invero che la realizzazione dell'impianto fotovoltaico costituisce solo una delle soluzioni migliorative proposte con riferimento ai sub-criteri di valutazione 2.a ("soluzioni finalizzate a migliorare le caratteristiche ambientali dell'intervento") e 2.b ("soluzioni finalizzate al contenimento dei consumi energetici dell'opera nel suo ciclo di vita"), i quali a loro volta rappresentano solo alcuni degli elementi di valutazione qualitativa delle offerte, mentre nessun elemento viene fornito dalla parte ricorrente a dimostrazione del rilievo decisivo ascrivibile alla suddetta soluzione migliorativa ai fini del raggiungimento della soglia minima di punteggio;

Vista l'ulteriore censura, con la quale viene dedotto che le due imprese controinteressate avrebbero dovuto essere escluse anche per aver violato le prescrizioni inderogabili in materia antincendio e comunque avrebbero dovuto subire l'azzeramento del punteggio per l'elemento sub 1.b e la conseguente esclusione per l'insufficienza del punteggio raggiunto per la qualità del progetto rispetto al minimo di 55 punti: in particolare, il parere favorevole dei Vigili del Fuoco n. 44913 ha prescritto al comma 4 che "l'ampiezza delle corsie di manovra siano conformi ai dettami del D.M. 01/02/86 al punto 3.6.3", mentre le prime due graduate, all'interno del sub-elemento 1.b, hanno previsto una viabilità difforme dal parere e dal d.m. citati, in quanto essa presenta un ostacolo rappresentato dalle murature di tamponamento delle scale in prossimità di stalli auto che riduce al di sotto dei 3 metri la larghezza della corsia di manovra;

Ritenuta l'infondatezza della censura, sotto entrambi i profili in cui è stata articolata;

Evidenziato infatti che la stessa relazione tecnica a firma dell'ing. Daniele De Vita, depositata dalla parte ricorrente in data 16.12.2016, accreditando le difese anche tecniche del Comune e delle imprese controinteressate, afferma che queste ultime "non hanno eliminato gli ostacoli che impediscono il pieno utilizzo del parcheggio...tali ostacoli invadono la corsia quasi completamente, non permettendo la circolazione, riducendo la larghezza della corsia al di sotto dei 3 metri minimi previsti dal D.M. 01/02/86... tale problematica invece è stata valutata e risolta dalla società Elettrica Sistem s.r.l.";

Rilevato che, nello stesso ordine di idee, il consulente tecnico della parte ricorrente, con la relazione tecnica depositata in data 7.1.2017, ha precisato che il Consorzio Stabile Campania non ha "trattato tale problematica al fine di adeguare la corsia al predetto decreto";

Rilevato quindi che la censura suindicata, con la quale vengono messe in rilievo ipotetiche carenze delle proposte migliorative delle imprese controinteressate, è contraddetta dalle stesse allegazioni probatorie che dovrebbero sostenerla, dalle quali si evince invece che le lamentate carenze afferiscono al progetto esecutivo posto a base di gara;

Ritenuto che la suddetta censura, ove intesa coerentemente con la citata relazione tecnica, ascriverebbe alle imprese concorrenti la mancata eliminazione delle irregolarità asseritamente inficianti il progetto esecutivo posto dalla stazione appaltante a base di gara, facendo derivare dal mancato assolvimento di siffatto onere la conseguenza della loro esclusione dalla gara (ovvero la penalizzazione delle stesse sotto il profilo della valutazione qualitativa delle relative offerte), in carenza di una specifica previsione di legge e/o della *lex specialis*;

Rilevato che ad analoghe conclusioni deve pervenirsi con riferimento alla censura con la quale la parte ricorrente deduce che le offerte tecniche delle imprese controinteressate evidenziano ulteriori violazioni della normativa antincendio, la quale (cfr. norma EN 12845, in materia di impianto di spegnimento incendi e di rilevazione fumi, richiamata dal menzionato parere dei VV.FF.) impone che, nel caso in cui si formino delle strette campate tra le travi distanziate non più di 1,5 m. tra i due centri, una fila di sprinkler deve essere installata al centro di ogni terza campata, con un'altra fila al di sotto dell'asse della trave che separa le due campate non protette;

Evidenziato infatti che nella relazione tecnica depositata dalla parte ricorrente in data 7.1.2017 si afferma espressamente che “per quanto concerne le spaziature ed il posizionamento degli sprinkler su travi e campate, non si evince nessun adeguamento alle prescrizioni dei VV.FF. ed alla normativa vigente da parte del concorrente”;

Vista l'ulteriore censura, con la quale viene dedotto che l'impresa aggiudicataria ha proposto per la pavimentazione dell'autorimessa il pacchetto Mapefloor System 32 , per la cui utilizzazione, tuttavia, il sottofondo deve avere un contenuto massimo di umidità pari al 4% ed un'adeguata barriera a vapore, in mancanza delle quali l'impiego del suddetto materiale potrebbe dare luogo a fenomeni di distacco e/o formazione di bolle, con il conseguente doveroso azzeramento del punteggio conseguito dal Consorzio Stabile Campania per il *sub* elemento 1.a;

Ritenuta l'infondatezza della censura, attesa la molteplicità delle soluzioni migliorative offerte dall'impresa aggiudicataria con riferimento all'elemento di valutazione sub 1.a (“migliori caratteristiche qualitative e prestazionali dei materiali, prodotti e macchine utilizzati al fine di ottimizzare durabilità ed efficienza”), con la conseguente inidoneità del suddetto rilievo a giustificare l'azzeramento del punteggio attribuito per il corrispondente elemento valutativo;

Evidenziato inoltre che i suddetti inconvenienti sono indicati nella scheda tecnica del prodotto come meramente “possibili”, in assenza della barriera a vapore, per cui non appare inficiata da macroscopica illogicità la valutazione compiuta dalla Commissione e l'attribuzione del conseguente punteggio, in considerazione dei vantaggi che comunque presenta il suddetto prodotto, quali si evincono dalla citata scheda tecnica, e della riduzione (se non della neutralizzazione) del rischio paventato, determinata dalla utilizzazione dello stesso, come si evince dalle relazioni tecniche dell'Amministrazione e del consulente tecnico dell'impresa aggiudicataria, su un solaio non a contatto con il terreno, costituendo esso la copertura del trincerone ferroviario;

Ritenuta altresì l'inammissibilità dei motivi aggiunti depositati in data 3.1.2017 e notificati in

data 23.12.2016, atteso che gli stessi ineriscono a profili documentali dell'offerta tecnica dell'impresa aggiudicataria, i quali dovevano essere noti alla parte ricorrente quantomeno alla data dell'accesso da essa eseguito in data 17.11.2016 (cfr. attestato a firma del R.U.P. prot. n. 3863 del 23.1.2017), non essendo individuabile altra e successiva modalità di acquisizione da parte sua della conoscenza dei documenti suindicati, sulla scorta dei quali ha anche formulato le censure contenute nel ricorso introduttivo, che appunto afferiscono all'offerta tecnica dell'aggiudicataria;

Evidenziato che l'infondatezza/inammissibilità delle censure concernenti la posizione dell'impresa aggiudicataria, precludendo il conseguimento dell'aggiudicazione da parte della ricorrente, consentono di prescindere dalla disamina di quelle esclusivamente relative alla posizione della seconda classificata;

Ritenuta in conclusione la sussistenza di giuste ragioni, tenuto conto dell'esito della controversia e della sostanziale novità dei temi trattati, per disporre la compensazione delle spese di giudizio sostenute dalle parti della controversia;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Sezione staccata di Salerno, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 1981/2016 e sui relativi motivi aggiunti, nonché sul ricorso incidentale proposto dall'impresa Scermino geom. Antonio:

- respinge il ricorso;
- dichiara l'inammissibilità dei motivi aggiunti;
- dichiara l'inammissibilità del ricorso incidentale;
- compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Sabato, Presidente FF

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

Paolo Severini, Consigliere

[Guida alla lettura](#)

La sentenza affronta il tema dei termini di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva di cui all'art. 120 - comma 5 c.p.a. (*"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"*) con una lettura coordinata della norma con la previsione di cui all'art. 79 - comma 5 quater del D. Lgs. n. 163/2006 (*"l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia"*) e con l'art. 41 - comma 2 del D. Lgs. n. 104/2010 (*"... il ricorso deve essere notificato, a pena di decadenza, alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato e ad almeno uno dei controinteressati che sia individuato nell'atto stesso entro il termine previsto dalla legge, decorrente dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza ..."*).

In particolare, il T.A.R. ha ribadito il seguente principio, già statuito dal Consiglio di Stato, secondo il quale:

- nel caso in cui sorga l'interesse ad impugnare atti (e/o a censurare condotte e vizi di legittimità) conosciuti in occasione dell'accesso, il termine decadenziale breve (di trenta giorni) "slitta in avanti" (rectius: dev'essere prorogato; va incrementato) di un numero di giorni pari a quello che si è reso necessario per acquisire la piena conoscenza degli atti (delle condotte e dei profili di illegittimità) in questione;
- il termine per effettuare l'accesso è stato fissato dal Legislatore in soli dieci giorni (e ciò in ragione delle esigenze di celerità che caratterizzano il procedimento in materia di affidamento di lavori, forniture e servizi pubblici), la giurisprudenza ha affermato (cfr. C.S., III[^], 28.8.2014 n. 4432) che nelle pubbliche gare d'appalto il c.d. 'termine breve' per l'impugnazione degli atti e/o provvedimenti che non siano stati trasmessi unitamente alla comunicazione della decisione di aggiudicazione e che costituiscono oggetto dell'accesso (id est: degli atti non immediatamente conosciuti in occasione della comunicazione dell'intervenuta aggiudicazione) può essere incrementato, al massimo, di dieci giorni;
- se la P.A. rifiuta illegittimamente di consentire l'accesso, il termine non inizia a decorrere; gli atti non visionati non si consolidano ed il potere di impugnare, dell'interessato pregiudicato da tale condotta amministrativa, non si 'consuma', come testualmente chiarito dal Consiglio di Stato, Sez. III, 21 marzo 2016 n. 1143).