

## Sulla decorrenza del dies a quo del termine di impugnazione ex 120, comma 2 bis, c.p.a.

di Silvia Biancifiori

Data di pubblicazione: 3-10-2017

L'art. 120, comma 2bis del c.p.a. così dispone: *“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 ...”*.

La previsione, in quanto derogatoria del principio tradizionale secondo cui è ammessa l'impugnazione dei soli provvedimenti direttamente lesivi (quale è l'esclusione, ma non l'ammissione delle altre concorrenti), è stata ritenuta di stretta interpretazione e perciò inapplicabile nel caso in cui sia mancata (come è nella fattispecie) la pubblicazione di cui all'articolo 29 (cfr. TAR Lazio, Roma, II quater, 8704/2017; TAR Campania, Napoli, I, 2843/2017; TAR Sicilia, Catania, I, 420/2017; TAR Molise 150/2017; TAR Puglia, Bari, I, 1367/2016, 954/2017; TAR Toscana, I, 239/2017; T.A.R. Basilicata, n. 24/2017).

Il collegio ritiene di condividere il ragionamento che sostiene tale conclusione: *“Come affermato dalla recente giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, Sez. III, sent. 4994/2016; T.A.R. Puglia, n. 340/2017; T.A.R. Toscana n. 239/2017; T.A.R. Basilicata, n. 24/2017), in difetto del contestuale funzionamento delle regole che assicurano la pubblicità e la comunicazione dei provvedimenti di cui si introduce l'onere di immediata impugnazione - che devono, perciò, intendersi legate da un vincolo funzionale inscindibile - la relativa prescrizione processuale si rivela del tutto inattuabile, per la mancanza del presupposto logico della sua operatività e, cioè, la predisposizione di un apparato regolativo che garantisca la tempestiva informazione degli interessati circa il contenuto del provvedimento da gravare nel ristretto termine di decadenza ivi stabilito”*. Si può in tal senso constatare che il comma 2 bis, a differenza del comma 5 dello stesso articolo (*“L'articolo 120, comma 5, c.p.a. stabilisce che il termine per la proposizione del ricorso principale, pari a trenta giorni, decorre “dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79, D.L.vo 163/06” (codice appalti), “ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto”, prevedendo così che il termine di impugnazione decorre dalla comunicazione dell'atto nelle forme di legge o, comunque, dalla sua conoscenza da parte del ricorrente”*: così di recente Cons. St., III, 1212/2017), non dà alcun rilievo espresso a forme di conoscenza diverse da quella da cui è fatto esplicitamente decorrere il termine di impugnazione delle ammissioni. (1) (2)

(1) *Conforme*, Consiglio di Stato, Sez. III, 25 novembre 2016, n. 4994; T.A.R. Molise, 28 aprile 2017 n. 150; T.A.R. Puglia, del 5 aprile 2017 n. 340; T.A.R. Toscana n. 239/2017; T.A.R. Basilicata, n. 24/2017; TAR Sicilia, Catania, sez. I, 2 marzo 2017 n. 420;

(2) *In senso contrario*, T.A.R. Palermo n. 2082 del 10 agosto 2017, T.A.R. Palermo, III, 15

maggio 2017, n. 1320; T.A.R. Toscana, 18 aprile 2017, n. 582; T.A.R. Bari n. 1262 del 8 novembre 2016.

## Guida alla lettura

La questione affrontata dal Tar Pescara nella sentenza in commento attiene all'eccezione di tardività del ricorso sollevata dal Comune resistente e dall'aggiudicataria controinteressata che affermavano la decorrenza del termine di impugnazione ex art 120 comma 2 bis c.p.a. dalla data della seduta in cui era stata disposta, all'esito dell'esame della documentazione amministrativa e in presenza dei rappresentanti dell'impresa, l'ammissione della controinteressata alla gara sulla base del principio secondo cui anche in difetto della pubblicazione richiesta dall'art 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici, il termine di impugnazione decorre dalla effettiva conoscenza del provvedimento lesivo.

Il TAR abruzzese respinge la sollevata eccezione in accoglimento dell'orientamento che ritiene l'**art. 120 comma 2 bis c.p.a. una norma di stretta interpretazione**, in quanto derogatoria del principio tradizionale secondo cui è ammessa l'impugnazione dei soli provvedimenti direttamente lesivi (quale è l'esclusione, ma non l'ammissione delle altre concorrenti), e quindi, proprio perché norma di stretta interpretazione, inapplicabile nel caso in cui sia mancata (come nella fattispecie all'esame del Tar) la pubblicazione di cui all'art 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici.

Sul punto il Collegio ha così condiviso il ragionamento svolto dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 4994 del 2016, secondo cui: *"A ben vedere, infatti, l'onere di impugnazione immediata, nel termine di trenta giorni, 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" risulta esigibile solo a fronte della contestuale operatività delle disposizioni del decreto legislativo che ne consentono l'immediata conoscenza da parte delle imprese partecipanti alla gara e, segnatamente, degli artt.29, comma 1, e 76, comma 3.*

*In difetto del (contestuale) funzionamento delle regole che assicurano la pubblicità e la comunicazione dei provvedimenti di cui si introduce l'onere di immediata impugnazione – che devono, perciò, intendersi legate da un vincolo funzionale inscindibile - la relativa prescrizione processuale si rivela del tutto inattuabile, per la mancanza del presupposto logico della sua*

*operatività e, cioè, la predisposizione di un apparato regolativo che garantisca la tempestiva informazione degli interessati circa il contenuto del provvedimento da gravare nel ristretto termine di decadenza ivi stabilito.”*

Rileva poi il TAR che il comma 2 bis, a differenza del comma 5 dello stesso articolo 120, **non dà alcun rilievo a forme di conoscenza diverse da quella da cui è fatto esplicitamente decorrere il termine di impugnazione delle ammissioni**. Peraltro, aggiunge altresì il Collegio, non risulta nemmeno che nel caso di specie sia stato dato l'avviso di cui all'art 76, comma 3, d.lgs. 50/2016. Ne consegue quindi, secondo il TAR, l'irrilevanza, ai fini della decorrenza del termine previsto dall'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., della presenza di rappresentanti della società concorrente alla seduta durante la quale sono disposte le ammissioni.

Sulla questione permangono comunque, ad oggi, i contrasti giurisprudenziali. Anche in considerazione del fatto che il decreto correttivo n. 56/2017 non contiene alcuna modifica dell'art. 204 e dunque del nuovo regime processuale, non resterà che attendere gli ulteriori sviluppi giurisprudenziali sul punto.

In tema di individuazione del dies a quo del termine di impugnazione, merita comunque di essere segnalata la pronuncia del TAR Puglia, Bari, n. 340 del 5 aprile 2017 che ha avuto modo di chiarire come il termine di immediata impugnazione delle ammissioni alla procedura inizi a decorrere a condizione che siano state rispettate tutte le formalità volte alla "immediata conoscenza" degli atti, così come richiesto dalla nuova disciplina dettata dal Codice.

Nel caso all'esame del Tar pugliese, il provvedimento di aggiudicazione della gara era stato pubblicato sul sito internet della stazione appaltante ma non nella sezione "amministrazione trasparente", in violazione di quanto previsto dall'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 norma che, espressamente, richiama a sua volta il d.lgs. n. 33 del 2013. Il TAR ha pertanto ritenuto che, nella fattispecie, la mancata (ovvero non corretta) pubblicazione sul profilo del committente degli atti relativi all'ammissione dei concorrenti, aveva fatto sì che il termine di trenta giorni previsto per impugnare il provvedimento con cui era stato reso noto l'elenco delle ditte ammesse ed il nominativo di quella risultata aggiudicataria, dovesse decorrere dalla data di invio della relativa pec che comunica l'avvenuto affidamento dell'appalto, con conseguente applicazione del rito appalti ordinario in luogo di quello superaccelerato.

Anche il Collegio barese ha fatto applicazione, in via analogica, dell'orientamento espresso dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 4994 del 25 novembre 2016, sopra richiamata.

Di recente anche il TAR Molise, Campobasso, con la pronuncia n. 150 del 28 aprile 2017 ha affermato che l'onere di impugnazione tempestiva degli atti che determinano le ammissioni alla procedura di affidamento è condizionato dalla necessaria pubblicità degli atti di gara - tramite la pubblicazione nella sezione "Amministrazione trasparente" - che garantisca il pieno e tempestivo accesso alla documentazione, *«non potendo altrimenti decorrere il termine per impugnare un atto (l'ammissione di un altro operatore) privo di diretta lesività e la cui piena conoscenza postula la verifica dei presupposti su cui si fonda»*.

La previsione di cui all'art 120, comma 2 bis, c.p.a. pone **una deroga alla regola ordinaria in materia di impugnazione** dei provvedimenti amministrativi che giustifica l'immediato decorso del termine per ricorrere dalla "semplice conoscenza del provvedimento" e dunque dal momento in cui il destinatario è posto in grado di apprezzarne la lesività.

Nel caso sottoposto al TAR molisano, dal momento che la stazione appaltante non aveva né eccepito né provato che fosse avvenuta la prescritta pubblicazione sul profilo del committente, il Collegio ha ritenuto ricevibile ed ammissibile, sotto il profilo della tempestività, il ricorso con cui era stato impugnato l'atto di ammissione alla gara della ditta aggiudicataria, unitamente all'aggiudicazione della medesima. La sentenza, richiamando un precedente dello stesso TAR Molise (decisione n. 499 del 30 novembre 2016) rileva quindi che "*stante la stretta connessione tra i due atti e in applicazione del principio della cumulabilità delle domande*" il dies a quo era stato correttamente calcolato dalla ricorrente dal momento dell'avvenuta conoscenza dell'aggiudicazione della gara.

Merita di essere segnalata altresì la pronuncia n. 696 del 2 febbraio 2017 con cui il **TAR Campania, Napoli**, pur affermando come sia irricevibile un ricorso in cui si deducano insieme motivi avverso l'aggiudicazione e avverso l'ammissione alla gara, sostiene la natura ordinatoria del termine di due giorni previsto dall'art. 29 per la pubblicazione del provvedimento che determina le ammissioni e le esclusioni, così rendendo praticamente assai concreta la possibilità che si giunga all'aggiudicazione senza che la stazione appaltante abbia pubblicato tale provvedimento sul proprio profilo, precludendo così di fatto a chi fosse interessato la possibilità di impugnare congiuntamente aggiudicazione e ammissione.

D'altro canto, il TAR Puglia, Bari, in un'altra occasione – dopo aver preso atto che la novella legislativa di cui all'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., introdotto dall'art. 204 del d.lgs n. 50/2016, confligge con il quadro giurisprudenziale, storicamente consolidatosi, atteso che veicola nell'ordinamento l'onere di immediata impugnazione dell'ammissione di tutti gli operatori economici, anche in carenza di un'effettiva lesione od utilità concreta –, con la pronuncia n. 1262 del 8 novembre 2016 ha affermato invece che il dies a quo dell'impugnazione dei provvedimenti di ammissione e esclusione ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a. non può essere identificato nella sola pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, laddove sia ravvisabile e documentata la piena conoscenza degli atti di ammissione e di esclusione. Secondo il TAR, quindi, la giurisprudenza formatasi in materia di esclusione dal procedimento di gara deve ritenersi utilizzabile, nel nuovo codice, anche per i provvedimenti di ammissione (equiparati, nella loro portata lesiva, ai provvedimenti di esclusione), ne consegue che, laddove sia ravvisabile la piena conoscenza dell'atto di ammissione da parte dei rappresentanti della ditta controinteressata, presenti alla seduta pubblica e muniti di apposito mandato, è da tale seduta che decorre il termine per impugnare l'atto.

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 314 del 2016, proposto da:

Parsifal Consorzio di Cooperative Sociali - Società Cooperativa Sociale, rappresentata e difesa dagli avvocati Sandro Figliozzi, Antonio Ascenzi, con domicilio eletto presso lo studio Giulio Cerceo in Pescara, viale G. D'Annunzio, 142;

contro

Comune di Pescara, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco De Flaviis, con domicilio eletto in Pescara, presso Ufficio Legale Comune;

nei confronti di

Cooperativa Polis Soc. Coop. Sociale, rappresentata e difesa dall'avvocato Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio eletto presso lo studio Marco Coco in Pescara, via Firenze 10;

per l'annullamento

della determinazione n. 268 del 5 agosto 2016, con la quale il Responsabile del Settore del Comune di Pescara ha aggiudicato in via definitiva il servizio di assistenza scolastica specialistica per gli alunni disabili residenti nel Comune alla società controinteressata; nonché di tutti i verbali di gara e di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente ivi comprese le determine n. 182 del 26.05.2016 di indizione della procedura di gara e n. 17 dell'01.06.2016 di approvazione del bando e del disciplinare, il bando di gara e il capitolato speciale di appalto; nonché per il risarcimento in forma specifica mediante l'aggiudicazione della gara in favore del consorzio Parsifal o in via più graduata per il risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Pescara e di Cooperativa Polis Soc. Coop. Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2017 il dott. Alberto Tramaglino e uditi l'avv. Antonio Ascenzi per il ricorrente, l'avv. Marco De Flaviis per il Comune resistente, l'avv. Anna Valentina Laurini, su delega dell'avv. Eugenio Dalli Cardillo, per la controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1 – La società cooperativa ricorrente ha partecipato alla gara indicata in epigrafe collocandosi al secondo posto della graduatoria finale.

A sostegno della domanda di annullamento degli atti, con unico motivo di ricorso sostiene che la stazione appaltante doveva escludere l'aggiudicataria dalla procedura avendo questa omesso di allegare, nella busta relativa alla documentazione amministrativa, le dichiarazioni sostitutive dei componenti del collegio sindacale, adempimento richiesto a pena di esclusione dall'art. 10.1 del disciplinare di gara ["Le dichiarazioni sostitutive di cui all'art. 80, co. 1, del Codice dovranno essere presentate, pena l'esclusione, anche da ciascuno dei soggetti indicati nell'art. 80, co. 3, del Codice e precisamente: ... da tutti i membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo..."].

2 - Si sono costituiti in giudizio il Comune e l'aggiudicataria, che in via preliminare hanno eccepito la tardività del ricorso (notificato il 29 settembre 2016). Il termine di impugnazione, ai sensi dell'art. 120, co. 2bis, cod. proc. amm., decorrerebbe, infatti, dalla data della seduta (18 luglio 2016) in cui è stata disposta, all'esito dell'esame della documentazione amministrativa e in presenza dei rappresentanti dell'impresa, l'ammissione della controinteressata alla gara e non già, come invece sostenuto dalla ricorrente, dall'acquisizione degli atti mediante l'accesso (19-23 agosto).

In replica alla deduzione della ricorrente che la stazione appaltante non ha provveduto alla pubblicazione da cui, sempre ai sensi del co. 2bis, decorre il termine di impugnazione, le parti resistenti hanno entrambe sostenuto che resterebbe comunque applicabile il principio secondo cui il termine di impugnazione decorre dalla effettiva conoscenza del provvedimento lesivo.

2.1 - L'eccezione è infondata.

L'art. 120, comma 2bis del c.p.a. così dispone: "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 ...".

La previsione, in quanto derogatoria del principio tradizionale secondo cui è ammessa l'impugnazione dei soli provvedimenti direttamente lesivi (quale è l'esclusione, ma non l'ammissione delle altre concorrenti), è stata ritenuta di stretta interpretazione e perciò inapplicabile nel caso in cui sia mancata (come è nella fattispecie) la pubblicazione di cui all'articolo 29 (cfr. TAR Lazio, Roma, Il quater, 8704/2017; TAR Campania, Napoli, I, 2843/2017; TAR Sicilia, Catania, I, 420/2017; TAR Molise 150/2017; TAR Puglia, Bari, I,

1367/2016, 954/2017; TAR Toscana, I, 239/2017; T.A.R. Basilicata, n. 24/2017).

Il collegio ritiene di condividere il ragionamento che sostiene tale conclusione: “Come affermato dalla recente giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, Sez. III, sent. 4994/2016; T.A.R. Puglia, n. 340/2017; T.A.R. Toscana n. 239/2017; T.A.R. Basilicata, n. 24/2017), in difetto del contestuale funzionamento delle regole che assicurano la pubblicità e la comunicazione dei provvedimenti di cui si introduce l’onere di immediata impugnazione - che devono, perciò, intendersi legate da un vincolo funzionale inscindibile - la relativa prescrizione processuale si rivela del tutto inattuabile, per la mancanza del presupposto logico della sua operatività e, cioè, la predisposizione di un apparato regolativo che garantisca la tempestiva informazione degli interessati circa il contenuto del provvedimento da gravare nel ristretto termine di decadenza ivi stabilito”. Si può in tal senso constatare che il comma 2 bis, a differenza del comma 5 dello stesso articolo (“L’articolo 120, comma 5, c.p.a. stabilisce che il termine per la proposizione del ricorso principale, pari a trenta giorni, decorre “dalla ricezione della comunicazione di cui all’articolo 79, D.L.vo 163/06” (codice appalti), “ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell’atto”, prevedendo così che il termine di impugnazione decorre dalla comunicazione dell’atto nelle forme di legge o, comunque, dalla sua conoscenza da parte del ricorrente”: così di recente Cons. St., III, 1212/2017), non dà alcun rilievo espresso a forme di conoscenza diverse da quella da cui è fatto esplicitamente decorrere il termine di impugnazione delle ammissioni.

Non risulta, del resto, che sia stato dato l’avviso di cui all’art. 76, co. 3, d.lgs. 50/2016 (“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”), comma poi abrogato dal d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56, che ha riformulato il citato art. 29.

È dunque irrilevante, ai fini della decorrenza del termine previsto dall’art. 120, comma 2 bis, c.p.a., la presenza di rappresentanti della società concorrente alla seduta durante la quale sono disposte le ammissioni.

3 – Quanto al merito, va precisato che, stanti le concordi affermazioni delle parti, il servizio è stato nelle more interamente svolto, sicché l’interesse della ricorrente alla decisione continua a sussistere agli esclusivi fini risarcitori.

3.1 – Come accennato, la questione in esame riguarda la omessa presentazione, da parte dei componenti del collegio sindacale della società aggiudicataria, della dichiarazione attestante l’assenza delle cause escludenti di cui all’art. 80 d.lgs. 50/2016, richiesta a pena di esclusione dall’art.10.1 del disciplinare di gara.

Va precisato che la dichiarazione di non trovarsi in nessuna delle condizioni che, ai sensi dell’art. 80 del Codice, costituiscono motivo di esclusione è stata resa dal legale rappresentante della cooperativa aggiudicataria utilizzando il modulo predisposto dalla S.A. (ex

art. 12 Disc.) contenente, con formulazione ripresa dal testo dell'art. 10.1 Disc. e dell'art.80 del Codice degli appalti, l'elenco delle categorie di soggetti tenuti a renderla. La controinteressata l'ha compilato indicando i nominativi degli amministratori con potere di rappresentanza e cancellando le parti che ha ritenuto non la interessassero, e quindi anche la dicitura "i membri del consiglio di amministrazione cui è stata conferita la legale rappresentanza di direzione e di vigilanza o i soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo sono..." e gli spazi sottostanti riservati all'indicazione dei nominativi.

Replicando alle deduzioni di controparte, la controinteressata ha sostenuto la valenza cumulativa della dichiarazione, che avrebbe dunque l'effetto di attestare l'assenza di situazioni ostative in capo a tutti i soggetti indicati dall'art. 80 comma 3, e comunque la sanabilità dell'omissione attraverso il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83 comma 9.

Rispetto a quest'ultimo rilievo, la difesa comunale ha evidenziato che dalla documentazione prodotta in sede di gara dall'aggiudicataria non risultava l'esistenza di organi di vigilanza, sicché non vi era alcuna possibilità per il seggio di gara di rilevare l'omessa indicazione ed eventualmente richiedere l'integrazione. Solo in sede di verifica del possesso dei requisiti di carattere generale, dai dati forniti dal sistema AVCPass è emersa l'esistenza del collegio sindacale (composto da 3 effettivi e 2 supplenti), ma non dei nominativi dei componenti, per cui si è dato atto dell'esito positivo della verifica senza procedere ad acquisire ulteriori informazioni essendo tale possibilità impedita dall'obbligatorietà dell'utilizzo del sistema predetto.

Per la ricorrente ciò avrebbe dovuto a maggior ragione condurre all'esclusione, emergendone la falsa dichiarazione riguardo all'esistenza del collegio sindacale e comunque la impossibilità di concreta applicazione del soccorso istruttorio, che presuppone che la S.A. sia stata portata a conoscenza dei nominativi dei soggetti tenuti a rendere la dichiarazione, secondo quanto previsto dall'art.83, co. 9, ultimo cpv. ("costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa").

3.2 – In via preliminare va chiarito che le deduzioni della ricorrente riguardo alla infedeltà della dichiarazione resa dal legale rappresentante dell'aggiudicataria non possono essere valutate alla stregua di uno specifico motivo di ricorso in quanto formulate solo nella memoria.

3.3 – La prima questione che viene in rilievo attiene alla mancata indicazione dei nominativi dei componenti dell'organo di vigilanza: se si tratti, cioè, di carenza di per sé ostativa alla partecipazione e tale da precludere, in ogni caso, la possibilità di esperire il soccorso istruttorio.

La tesi che l'omessa dichiarazione, poiché non consente l'individuazione dei soggetti tenuti a renderla, impedisce alla S.A. la possibilità di regolarizzarla, trova conforto nella considerazione che la dichiarazione deve contenere tutte le informazioni di cui necessita l'amministrazione per verificarne d'ufficio la correttezza e la veridicità (Cons. Stato, III, 4785/2013).

L'Adunanza plenaria ha tuttavia precisato che "mentre deve escludersi l'ammissibilità di



dichiarazioni riferite a persone non identificate e non identificabili, deve, al contrario, giudicarsi consentita ... la presentazione di dichiarazioni riferite a persone (ancorché non identificate) agevolmente identificabili mediante la consultazione di registri pubblici o di banche dati ufficiali” (Ad. Plen. 16/2014, in fattispecie di dichiarazione cumulativa ex art. 38 d.lgs. 163/2006 riferita anche a soggetti non nominati, ancorché anch’essi dotati di poteri di rappresentanza legale dell’impresa), disattendendo l’argomentazione secondo cui la gravosità dell’istruttoria imposta all’amministrazione, per effetto dell’omessa indicazione nominativa di tali soggetti, risulterebbe incompatibile con le esigenze di celerità della procedura ed imporrebbe per ciò solo, l’esclusione. Sono stati dunque affermati i seguenti principi di diritto: “b) la dichiarazione sostitutiva relativa all’insussistenza delle condizioni ostative previste dall’art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell’impresa, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l’accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici; c) una dichiarazione sostitutiva confezionata nei sensi di cui alle precedenti lett. a) e b) è completa e non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l’uso dei poteri di soccorso istruttorio”.

Che tali principi siano riferibili anche alle disposizioni del nuovo Codice emerge, oltre che dalla stessa pronuncia (cfr. p.to 4.4.2 e i riferimenti alla direttiva 24/2014), anche dal comunicato ANAC del 26 ottobre 2016, a cui la difesa comunale ha fatto ampio riferimento, dove si chiarisce che la dichiarazione del legale rappresentante dell’impresa concorrente (mediante utilizzo del modello di DGUE) “deve essere riferita a tutti i soggetti indicati ai commi 2 e 3 dell’art. 80, senza prevedere l’indicazione del nominativo dei singoli soggetti ... le stazioni appaltanti richiedono, alle imprese concorrenti, l’indicazione del nominativo dei soggetti di cui ai commi 2 e 3 dell’art. 80 solo al momento della verifica delle dichiarazioni rese”.

Alla luce di tali indicazioni non trova perciò conferma la difesa comunale nella parte in cui sostiene che non era possibile chiedere tali nominativi in sede di verifica, mentre d’altra parte si profila, ex art. 83, co. 8 ult. cpv., la nullità della clausola del disciplinare che imponeva, a pena di esclusione, distinte dichiarazioni individuali. In ogni caso, risultando le cariche sociali da pubblici registri, l’omessa indicazione dei nominativi non si qualifica come carenza essenziale in quanto non idonea ad impedire l’esercizio del potere di verifica.

3.4 – Che l’omissione non fosse da sola idonea a determinare l’esclusione deriva anche dalla tesi della controinteressata, che –prospettando le difficoltà interpretative e le novità introdotte dall’art. 80 co. 3 rispetto all’art. 38 comma 1 lett c) del previgente Codice e la circostanza che la gara è stata indetta (26 maggio 2016) poche settimane dopo l’entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016- ha sostenuto che l’assenza di una previsione esplicita della legge di gara riguardo ai componenti del collegio sindacale rendeva scusabile l’errore in cui è incorsa nell’interpretazione della nuova disciplina. La documentazione prodotta in giudizio a dimostrazione dell’assenza di un qualunque carico, in capo a tali soggetti, tale da precludere la partecipazione alla gara, evidenzerebbe, del resto, come l’omissione non fosse in alcun modo diretta ad ottenere un’ammissione non dovuta.

Il citato art. 80, al co. 3, nel testo all’epoca vigente, prevedeva l’esclusione dell’impresa in caso di sentenza o decreto di condanna emessi nei confronti, tra gli altri, “dei membri del

consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo”. Come osservato dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato (Adunanza della 22 marzo 2017 - Numero Affare 00432/2017), in sede di parere sullo schema del decreto legislativo recante Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, “l’espressione ‘dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, di direzione o di vigilanza’ è oscura, e manca, verosimilmente, di qualche parola, come risulta dal confronto con le direttiva. Verosimilmente la formulazione corretta è ‘dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, dei membri degli organi con poteri di direzione o vigilanza’”, formulazione poi fatta propria dal legislatore con il decreto correttivo (d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56).

Ulteriori problemi interpretativi derivavano dalla terminologia utilizzata (“Non sempre le disposizioni del codice adoperano una terminologia di immediata comprensione, ma si tratta spesso dell’inevitabile tributo al recepimento puntuale delle direttive, a loro volta formulate con una tecnica linguistica tarata sull’esigenza di costruire istituti che coniugano e mediano tra le diverse tradizioni giuridiche dei Paesi membri”: Consiglio di Stato, parere del 21 marzo 2016 sullo schema di decreto legislativo recante “Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione”, ai sensi dell’articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n.11), tanto da indurre l’Autorità Nazionale Anticorruzione a dare indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici sull’ambito soggettivo di applicazione della norma con il già richiamato Comunicato del Presidente del 26 ottobre 2016. Infatti, anche colmando le lacune testuali alla luce dell’art. 57, par. 1, secondo alinea, della direttiva 24/2014/UE (“L’obbligo di escludere un operatore economico si applica anche nel caso in cui la persona condannata definitivamente è un membro del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza di tale operatore economico...”), restava comunque il fatto che “l’ordinamento giuridico italiano non contempla, nella disciplina dei modelli organizzativi delle società di capitali, un «consiglio di direzione» o un «consiglio di vigilanza»”. Per quanto qui interessa, l’Autorità ha quindi precisato che tali indicazioni “devono essere interpretate avendo a riferimento i sistemi di amministrazione e controllo delle società di capitali disciplinati dal codice civile a seguito della riforma introdotta dal D.lgs. n. 6/2003 e precisamente: 1) sistema cd. “tradizionale” (disciplinato agli artt. 2380-bis e ss. c.c.), articolato su un ‘consiglio di amministrazione’ e su un ‘collegio sindacale’...”, concludendo che la sussistenza del requisito di cui all’art. 80, comma 1, del Codice debba essere verificata anche riguardo “ai membri del collegio sindacale nelle società con sistema di amministrazione tradizionale”, cioè “disciplinato agli artt. 2380-bis e ss. c.c.”.

Che prima dell’intervento correttivo e del comunicato ANAC la formulazione legislativa non fosse particolarmente chiara è dimostrato dal fatto che il ricorrente ha sostenuto in ricorso (notificato prima della diramazione del predetto comunicato) che l’obbligo di dichiarazione in capo ai membri del collegio sindacale derivasse dal loro essere “soggetti muniti di poteri ... di controllo”, categoria che invece per ANAC attiene a soggetti diversi dai membri degli organi sociali di amministrazione e controllo (“come il revisore contabile e l’Organismo di Vigilanza di cui all’art. 6 del D. Lgs. n. 231/2001 cui sia affidato il compito di vigilare sul funzionamento e sull’osservanza dei modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati”).

Erano dunque presenti obiettive criticità, accentuate dal modulo predisposto dalla S.A. (dove

non compare la virgola tra “legale rappresentanza” e “di direzione”), che rendevano difficoltosa la immediata comprensione della portata della prescrizione.

La mancata traduzione, da parte della legge di gara, del dettato legislativo in una formula che prevedesse espressamente l'onere dichiarativo dei membri del collegio sindacale, rende la fattispecie in esame analoga a quelle considerate dalla giurisprudenza nella vigenza del precedente Codice. Stante l'incertezza derivante dalla non univocità dell'art. 38, co. 1 lett. c), d.lgs. 163/2006 riguardo alla sussistenza dell'onere dichiarativo per talune figure (procuratori speciali, amministratori e direttori tecnici di società incorporate), l'esclusione per omessa dichiarazione è stata ritenuta legittima solo in presenza di previsioni del bando che riferissero esplicitamente l'onere a tali soggetti, mentre, in mancanza di espressa previsione, si è affermato che la sanzione espulsiva dovesse riguardare i soli casi in cui fosse effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito (cfr. Ad. Plen. nn. 10 e 21/2012, 23/2013; Cons. St., IV, 4733/2014).

Va pure considerato l'orientamento del Consiglio di Stato formatosi sull'art. 46 d.lgs. 163/2006 nel testo anteriore alle modifiche di cui all'art. 39 legge n. 114 del 2014 (e quindi in un contesto normativo in cui il soccorso istruttorio aveva un ambito di operatività notevolmente più ristretto rispetto a quello poi assunto): “L'art. 46 cod. contratti pubblici sul soccorso istruttorio deve essere inteso nel senso che occorre tenere separati i concetti di regolarizzazione documentale e di integrazione documentale: la prima, consistendo nel completare dichiarazioni o documenti già presentati dall'operatore economico, è ammessa, per i soli requisiti generali, al fine assicurare, evitando inutili formalismi, il principio della massima partecipazione; la seconda, consistendo nell'introdurre nel procedimento nuovi documenti, è vietata per garantire il principio della parità di trattamento. La distinzione è superabile in presenza di clausole ambigue che autorizzano il soccorso istruttorio anche mediante integrazione documentale” [sez. VI, 4662/2014; cfr. anche sez. VI, n. 3663/2014; sez. V, n. 1039/2016: “il soccorso istruttorio è incumbente necessario per dirimere l'equivocità delle disposizioni della lex specialis (cfr., fra le tante, Cons. Stato, V, 11 aprile 2011 n. 2230)"], dove si delinea un istituto finalizzato a rimediare a qualunque carenza della documentazione, qualora attribuibile all'ambiguità o scarsa chiarezza della disciplina di gara.

Tali principi, che devono ritenersi operanti anche rispetto alla disciplina applicabile *ratione temporis* alla fattispecie, in quanto caratterizzata nello specifico da analogha ambiguità, portano alla conclusione che, in mancanza di una espressa previsione che contemplasse i membri del collegio sindacale, l'esclusione avrebbe potuto essere disposta solo nel caso in cui fosse stata accertata l'assenza dei requisiti in capo a tali soggetti.

Alla luce di quanto osservato, il soccorso istruttorio non era dunque qui precluso dal comma 9, ult. cpv., dell'art. 83 (per l'affermazione che la omessa dichiarazione da parte di uno dei soggetti di cui all'art. 80 co. 3 non sia ricompresa tra i vizi che impediscono di individuare il contenuto o il soggetto responsabile della documentazione cfr. TAR Catania, III, 234/2017; TAR Lecce, II, 669/2017; TAR Salerno, I, 194/2017), ed in tale prospettiva può essere letto l'art. 12 del disciplinare di gara (“in caso di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali richiederà comunque la regolarizzazione. La mancanza, l'incompletezza o ogni altra irregolarità essenziale degli elementi afferenti alla

documentazione amministrativa, con esclusione di quelli afferenti all'offerta tecnica ed economica, obbliga il concorrente al pagamento della sanzione...”), che consentiva il ricorso all'istituto per ogni mancanza o incompletezza, anche essenziale, purché non riguardasse elementi delle offerte, senza porre ulteriori preclusioni.

3.5 – La ricorrente ha messo ulteriormente in evidenza che, anche qualora fosse ritenuta l'astratta possibilità di fare ricorso al soccorso istruttorio, di fatto l'Ente non vi ha provveduto, sicché “il vizio essenziale, sanabile o non sanabile, è rimasto tale e quindi anche la situazione di illegittimità dell'aggiudicazione”.

Ha replicato la controinteressata evocando il “soccorso istruttorio processuale” secondo quanto precisato di recente da Cons. St., V, 975/2017, che ha disatteso l'obiezione pregiudiziale “secondo cui un problema di soccorso istruttorio riferito ai requisiti di partecipazione non si potrebbe porre una volta intervenuta l'aggiudicazione”, sostanzialmente analoga a quella qui sollevata dal ricorrente, “in quanto essa comporterebbe la sostanziale disapplicazione della disciplina introdotta dal legislatore, al fine di evitare le esclusioni dalle gare di appalto per ragioni meramente formali, quando sussiste in concreto, e fin dal momento del rilascio della dichiarazione irregolare, il requisito soggettivo richiesto in sede di gara”.

In presenza, dunque, di una “carenza documentale e probatoria che, se riscontrata tempestivamente nel corso dello svolgimento della procedura di gara, non avrebbe consentito l'immediata esclusione dell'offerta, ma avrebbe imposto alla stazione appaltante l'attivazione del procedimento del soccorso istruttorio sostanziale”, scartata la soluzione secondo cui il giudice, accertata l'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'aggiudicataria, annulla l'aggiudicazione e fa salvo il potere di attivare il procedimento di soccorso istruttorio, il Consiglio di Stato ha quindi ritenuto che “l'aggiudicataria, per poter validamente invocare in sede processuale il principio del soccorso istruttorio, al fine di paralizzare la doglianza diretta ad ottenere la sua esclusione dalla gara, possa limitarsi ad una deduzione difensiva, diretta a dimostrare, che, in ogni caso, sussiste il possesso dei requisiti sostanziali di partecipazione”.

In applicazione di tali condivisi principi al caso di specie, va constatato che l'aggiudicataria ha fornito tale prova depositando le dichiarazioni e le certificazioni del casellario, senza che vi sia stata alcuna contestazione in ordine alla loro valenza dimostrativa dell'inesistenza di condanne preclusive.

3.6 – In conclusione: l'omissione si è rivelata non essenziale, tant'è che la S.A. ha potuto effettuare la verifica del possesso dei requisiti; in ogni caso, si trattava di carenza di un elemento formale suscettibile di regolarizzazione tramite soccorso istruttorio; essendo stata dimostrata in giudizio l'inesistenza di situazioni tali da precludere la partecipazione alla gara, è comunque da escludersi che dalla predetta carenza sia derivata l'illegittimità dell'ammissione e della successiva aggiudicazione.

4 - Ne consegue il rigetto del ricorso.

Le spese di giudizio, data la problematicità delle questioni trattate, vanno compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo rigetta. Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2017 con l'intervento dei magistrati:

Alberto Tramaglino, Presidente FF, Estensore

Massimiliano Ballorini, Consigliere

Paola Anna Gemma Di Cesare, Consigliere