

## **Ancora sulla decorrenza del dies a quo del termine di impugnazione ex 120, comma 2 bis, c.p.a., anche alla luce delle novità recate dal decreto correttivo al codice appalti**

*di Silvia Biancifiori*

*Data di pubblicazione: 3-11-2017*

1. *In limine litis*, il Collegio rileva come non sia in contestazione la mancata pubblicazione, sul profilo del committente, in violazione dell'art. 29 del codice dei contratti pubblici, del provvedimento che ha determinato le ammissioni alla procedura comparativa in questione. Consegua a ciò l'inapplicabilità, nel caso di specie, dell'art. 120, n. 2-*bis*, del medesimo codice, in quanto tale speciale rito postula il contestuale funzionamento delle regole che assicurano la pubblicità e la comunicazione dei provvedimenti di cui si introduce l'onere di immediata impugnazione, sicché in difetto di esse la relativa prescrizione processuale si rivela inattuabile per la mancanza del presupposto della sua operatività (T.A.R. Campania, sez. I, 29 maggio 2017, n. 2843; T.A.R. Basilicata, 13 gennaio 2017, n. 24). (1)

(1) *Conforme*, Consiglio di Stato, Sez. III, 25 novembre 2016, n. 4994; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 20 settembre 2017 n. 252; T.A.R. Molise, 28 aprile 2017 n. 150; T.A.R. Puglia, 14 aprile 2017 n. 394; T.A.R. Puglia, Bari, 5 aprile 2017, n. 340; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 2 marzo 2017 n. 420.

### **Guida alla lettura**

La questione affrontata dal Tar Basilicata nella sentenza in commento attiene alla decorrenza del breve termine di impugnazione dei provvedimenti che dispongono ammissioni ed esclusioni dalle gare d'appalto, questione piuttosto controversa a livello giurisprudenziale e sulla quale è intervenuto recentemente il decreto correttivo 56/2017, il quale, seppur ha introdotto delle importanti novità sugli oneri a carico delle stazioni appaltanti, nulla ha innovato per quanto attiene invece al regime processuale, ragione per la quale permangono dubbi ed incertezze nell'applicazione del rito super-speciale di cui all'art. 120 comma 2 bis c.p.a., come meglio si evidenzierà nel prosieguo.

In *limine litis*, il TAR lucano nella sentenza in commento rileva in primo luogo come tra le parti

in causa non fosse in contestazione la mancata pubblicazione nel profilo del committente del provvedimento che aveva determinato le ammissioni alla gara, in violazione di quanto disposto dall'art. 29, comma 1, d.lgs. 50/2016, nel testo originario anteriore al decreto correttivo 56/2017. Dal mancato assolvimento di tale onere il Collegio ricava *de plano*, con motivazione invero piuttosto scarna sul punto, l'inapplicabilità nel caso di specie del rito super-speciale di cui all'art. 120 comma 2 bis, c.p.a. in quanto *“tale speciale rito postula il contestuale funzionamento delle regole che assicurano la pubblicità e comunicazione dei provvedimenti con cui si introduce l'onere di immediata impugnazione, sicchè in difetto di esse la relativa prescrizione processuale si rivela inattuabile per la mancanza del presupposto della sua operatività”*, con tale affermazione aderendo alle argomentazioni svolte dal Consiglio di Stato nella pronuncia n. 4994 del 2016.

Il ragionamento svolto dal Collegio lucano a ben vedere è analogo a quello compiuto dal TAR Abruzzo in un caso analogo, ma con più ampia motivazione. Nel caso esaminato con la sentenza n. 252 del 20/09/2017, infatti, il TAR abruzzese respinge l'eccezione di tardività del ricorso avverso il provvedimento di impugnazione argomentando dalla natura di **norma eccezionale e quindi di stretta interpretazione dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a.**, 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, ne fa discendere l'inapplicabilità nel caso in cui sia mancata, come nel caso di specie, la pubblicazione di cui all'art 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici.

Sul punto, sia il Collegio abruzzese sia quello lucano hanno invero 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.”*. Conseguentemente, *“...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.”*

Preme precisare che il TAR abruzzese rileva altresì come il comma 2 bis, a differenza del comma 5 dello stesso articolo 120, non dia alcun rilievo a forme di conoscenza diverse da quella da cui è fatto esplicitamente decorrere il termine di impugnazione delle ammissioni facendone discendere l'irrelevanza nel caso esaminato, 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 erano state disposte le ammissioni.

Sulla questione si sono registrati significativi dubbi e contrasti giurisprudenziali.

Vi è infatti un differente indirizzo giurisprudenziale, sposato in diverse pronunce dei giudici di primo grado, secondo cui, anche in relazione al rito c.d. super-speciale di cui ai commi 2 bis e 6 bis dell'art 120 c.p.a., il termine di proposizione del ricorso anche in difetto di pubblicazione decorre, in ogni caso, **dalla conoscenza, comunque avvenuta**, dell'atto lesivo (tra gli altri, TAR Abruzzo, Pescara, 20 settembre 2017 n. 252; TAR Basilicata, 16 marzo 2017, n. 202; TAR Palermo, III, 15 maggio 2017, n. 1320; TAR Toscana, 18 aprile 2017, n. 582)

Per quanto interessa in questa sede, interessante è anche la pronuncia n. 150 de 28 aprile 2017 con cui il TAR Molise 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" e questo perché la nuova regola del consolidamento dell'ammissione che deriva dalla mancata impugnazione tempestiva della stessa trova il proprio bilanciamento nel sistema nella necessaria pubblicità degli atti di gara (in tal senso Consiglio di Stato, Ad. Comm. Speciale, Parere, 30 marzo 2017, n. 782), occorrendo che ai candidati sia garantito **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. Ciò a differenza di quanto avviene secondo la regola ordinaria in cui la semplice conoscenza del provvedimento giustifica l'immediato decorso del termine di impugnazione, in quanto il destinatario è posto in grado fin da subito di apprezzarne la lesività.

L'importanza di garantire ai concorrenti la piena e tempestiva conoscenza del provvedimento di ammissione/esclusione è stata colta anche dal TAR Puglia, Bari, con la pronuncia n. 394 del 14 aprile 2017, con la quale il Collegio pugliese ha escluso l'applicabilità nel caso al suo esame dell'invocato art. 120 comma 2 bis c.p.a., proprio perché la stazione appaltante non aveva rispettato, nella specie, le forme di pubblicità idonee a garantire l'immediata conoscenza degli atti relativi all'ammissione/esclusione, prima, ed aggiudicazione, poi, previste, in particolare, agli artt. 29 e 76 d.lgs. 50/2016, con la conseguenza che non si poteva individuare nella fattispecie una netta distinzione tra fase di ammissione/esclusione e fase di aggiudicazione. Il Collegio ha peraltro richiamato sulla questione un proprio precedente con cui si era escluso che, in difetto dalla comunicazione del provvedimento sulle esclusioni ed ammissioni, possa decorrere il termine per impugnare il detto provvedimento.

In tale precedente, era stato valorizzato proprio il passaggio della sentenza del Consiglio di Stato n. 994 del 2016, sopra riportato, con il quale il Supremo Consesso aveva sottolineato come il rito super-speciale di cui al comma 2 bis dell'art 120, *"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 .... 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".*

L'importanza che riveste l'accessibilità degli atti di gara da parte dei concorrenti, funzionale ad una piena e tempestiva conoscenza degli stessi, che si palesa ancor più necessaria ed imprescindibile allorchè si tratti di impugnare atti privi di immediata lesività, quale è il provvedimento di ammissione dei candidati, è stata poi colta in sede legislativa laddove il decreto correttivo n. 56 del 2017 ha apportato una significativa modifica all'art. 29, comma 1, del nuovo codice dei contratti, come subito appresso si dirà.

Infatti, all'indomani delle modifiche apportate dall'art 204 d.lgs. 50 del 2016 all'art 120 c.p.a., a parte le condivisibili perplessità sollevate in ordine ad una disposizione che impone un'impugnativa immediata entro un breve termine decadenziale delle ammissioni alla gara in una fase in cui ancora non si è concretato alcun interesse a ricorrere, erano emerse una serie di criticità in ordine al nuovo rito super-speciale avverso ammissioni ed esclusioni. Tra queste criticità emergeva, tra l'altro, il problema della mancanza di una disciplina in tema di accesso agli atti di gara, necessaria al fine di rendere operativa la disposizione contenuta nell'art 120, comma 2 bis, c.p.a. ed evitare la proposizione di ricorsi "al buio", dato che tale disciplina non è più presente nel nuovo codice dei contratti, nel quale non è stato riprodotto il disposto dell'art 79, comma 5, del previgente d.lgs. 163/2006.

Problematica segnalata anche dal Consiglio di Stato nel parere del 22 marzo 2017 dove il Supremo Consesso suggeriva al legislatore un intervento correttivo teso a garantire l'acquisibilità della piena conoscenza degli atti di ammissione ed esclusione e ciò in relazione sia all'obbligo di motivazione dei suddetti provvedimenti (non previsto nel codice dei contratti), sia alla necessità di garantire l'accesso agli stessi in modo spedito, efficace e completo, proprio al fine di evitare i cosiddetti ricorsi "al buio".

Il decreto correttivo n. 56 del 2017 ha quindi introdotto una modifica molto importante, inserita dopo il secondo periodo del primo comma dell'art. 29 che così recita testualmente: "Entro il medesimo termine di due giorni è dato **avviso** ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale o strumento analogo negli altri Stati membri, di detto provvedimento, **indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. Il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione**".

Con tale previsione si è posto rimedio al problema dell'accessibilità agli atti di ammissione ed esclusione nonché ai ricorsi "al buio", prevedendo quindi che il termine di impugnazione debba decorrere soltanto dal momento in cui gli atti sono messi a disposizione del concorrente e siano comunque motivati.

Si è voluto così risolvere una delle problematiche maggiori sollevate dalla prima versione della norma, laddove questa faceva decorrere il termine di impugnazione dalla semplice pubblicazione dell'elenco dei soggetti esclusi e/o ammessi alla gara, senza prevedere peraltro alcun onere di motivazione, determinando in tal modo dubbi esegetici e contrasti giurisprudenziali, come si è visto sopra, anche in merito alla questione se in mancanza della pubblicazione prescritta dalla norma, ai fini della decorrenza del termine di impugnazione e

quindi dell'applicabilità stessa del rito super-speciale, fosse equiparabile alla pubblicazione l'effettiva conoscenza, comunque avvenuta, del provvedimento lesivo.

A ben vedere, però, la nuova disposizione, se è vero che risolve alcuni problemi ne fa al contempo sorgere di nuovi. Infatti, **non è stato previsto alcun termine** entro il quale la stazione appaltante dovrebbe rendere disponibili i provvedimenti motivati.

Si dovrebbe quindi applicare il termine di trenta giorni previsto dall'art. 2 della legge n. 241/1990. Nel frattempo però, nello spazio temporale intercorrente tra l'acquisizione dei documenti e l'eventuale proposizione del ricorso avverso agli atti di ammissione ed esclusione, la stazione appaltante può proseguire nella procedura di gara, pervenendo anche all'aggiudicazione. In tal caso, stante il disposto dell'art. 120, comma 7 del c.p.a. e la diversità dei riti previsti, il ricorrente si vedrebbe costretto a presentare due ricorsi distinti avverso, rispettivamente, i provvedimenti di ammissione/esclusione ed avverso l'aggiudicazione, con buona pace dei principi di celerità e concentrazione che contraddistinguono il rito appalti.

Non a caso, già all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, da più parti si è affermato che non dovrebbero esservi preclusioni alla possibilità di proporre, con un unico ricorso, l'impugnazione dei provvedimenti di ammissione/esclusione ed aggiudicazione.

In concreto occorrerebbe che la stazione appaltante, visto che non vi sono termini entro i quali deve mettere a disposizione i documenti se non quelli generali previsti dalla legge n. 241/1990, non possa proseguire la gara fino a che tali documenti non siano accessibili, ma ciò sarebbe certamente foriero di conseguenze negative in termini di efficienza e celerità dell'azione amministrativa.

*De iure condendo*, una soluzione alternativa, certamente auspicabile, potrebbe essere invece quella di inserire nel corpo della norma un termine massimo entro cui la stazione appaltante deve consegnare i documenti ai concorrenti che ne facciano richiesta, prevedendo anche, al contempo, uno *stand still* processuale per l'impugnazione degli atti di ammissione ed esclusione.

Dichiarata l'inapplicabilità del rito super-speciale a causa della mancata pubblicazione del provvedimento di ammissione, il TAR Basilicata passa ad affrontare direttamente il merito del ricorso proposto avverso il provvedimento di ammissione e quello di aggiudicazione, congiuntamente con unico ricorso, in quanto, essendo mancata la pubblicazione del provvedimento di ammissione, di quest'ultimo il ricorrente aveva avuto conoscenza solo con la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva.

La ricorrente aveva dedotto la violazione dell'art. 80, n. 5, lett. *m*), del d.lgs. n. 50 del 2016, affermando la sussistenza nella fattispecie di una situazione di controllo sostanziale "anche di fatto" tra le società controinteressate convenute in giudizio, "riscontrabile agevolmente dall'analisi di molteplici elementi".

Il TAR accoglie la censura avanzata dalla ricorrente in quanto l'art. 80 del codice dei contratti pubblici sanziona con l'esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto, tra l'altro, gli operatori economici che versino in una situazione di controllo, di cui all'art. 2359 del codice civile, o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, tale da comportare l'imputabilità delle offerte a un unico centro decisionale. La previsione codicistica è infatti volta ad evitare che talune relazioni tra imprese partecipanti allo stesso appalto possano condizionare i rispettivi comportamenti e precludere il rapporto concorrenziale che costituisce la stessa ragion d'essere delle procedure di gara, così da assicurare l'effettiva ed efficace tutela della regolarità della gara e, in particolare, la *par condicio* fra tutti i concorrenti, nonché la serietà, completezza, completezza ed indipendenza delle offerte, evitando che, attraverso meccanismi di influenza societari, pur non integranti collegamenti o controlli di cui all'art. 2359 cod. civ., possa essere alterata la competizione, mettendo in pericolo l'interesse pubblico alla scelta del giusto contraente.

Il Collegio ritiene che nel caso di specie sussistano **indizi plurimi, precisi e concordanti** che inducono a considerare sussistente un collegamento sostanziale tra le imprese convenute, tale da far ritenere **la riferibilità ad un unico centro decisionale** delle offerte formalmente presentate da distinte imprese collettive. Sul punto, il TAR richiama l'orientamento giurisprudenziale secondo cui ben possono costituire indici presuntivi della sussistenza di un collegamento di fatto **i rapporti di parentela fra amministratori delle società**, nonché **le circostanze di tempo e di luogo di spedizione delle domande di partecipazione** e **gli elementi formali connotanti i documenti di gara** (Cons. Stato, sez. VI, 22 febbraio 2013, n. 1091).

**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

## SENTENZA

sul ricorso avente numero di registro generale 71 del 2017, proposto da:

- Cooperativa Sociale Trasporto 2000 onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Agostino Parisi, Domenico Pace e Giovanni F. Nicodemo, da intendersi domiciliata, ai sensi dell'art. 25, n. 1, lett. a) cod. proc. amm., presso la segreteria di questo Tribunale;

contro

- Centrale unica di committenza dell'Area di Programma Basento Bradano Camastra, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Buscicchio, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gerardo Pedota, in Potenza, al corso Garibaldi n. 32;

nei confronti di

- Tandem di Antonella Potenza & C. s.n.c., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Balzano e Ferdinando Venezia, con domicilio eletto presso lo quest'ultimo, in Potenza, alla Via P. de Coubertin n. 32;

- Cantharus s.a.s. di Potenza Assunta & C., non costituita in giudizio;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- della determinazione n. 16, prot. n. 367, del 26 gennaio 2017, notificata in pari data a mezzo posta elettronica certificata, con la quale il dirigente del Settore amministrativo della Centrale unica di committenza dell'Area programma Basento Bradano Camastra ha disposto in favore della società Tandem, l'aggiudicazione definitiva dell'appalto avente ad oggetto la "gestione del servizio di mensa scolastica degli alunni della scuola dell'infanzia per la durata di cinque anni" nel Comune di Baragiano;

- di tutti i verbali di gara redatti dalla Commissione giudicatrice ed in particolare dei verbali di gara n. 1 del 13 dicembre 2016, n. 2 del 20 dicembre 2016, n. 3 del 28 dicembre 2016 e n. 4 del 4 gennaio 2017;

- dell'eventuale contratto ove stipulato;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali rispetto a quelli impugnati e lesivi dei diritti e degli interessi della cooperativa ricorrente, ancorché non noti e se esistenti;

- nonché per il risarcimento di ogni danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Centrale unica di committenza intimata e della Tandem di Antonella Potenza & C. s.a.s.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, n. 9, cod. proc. amm.;

Relatore, all'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2017, il referendario Benedetto Nappi;

Uditi i difensori delle parti, coma da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con atto spedito per la notificazione in data 23 febbraio 2017, depositato il successivo 3 di marzo, la Cooperativa Sociale Trasporto 2000 onlus è insorta avverso gli atti in epigrafe, concernenti l'aggiudicazione definitiva dell'appalto avente ad oggetto la gestione del servizio di mensa scolastica degli alunni della scuola dell'infanzia nel Comune di Baragiano.

1.1. In punto di fatto, la deducente ha esposto quanto segue:

- il Comune intimato ha indetto l'appalto, mediante procedura aperta, col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 95, co. 3, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016, del servizio mensa scolastica per gli alunni della scuola dell'infanzia, per la durata di cinque anni, con un importo complessivo a base d'asta di € 160.083,00;

- hanno presentato offerta, oltre alla ricorrente, le imprese Tandem di Antonella Potenza & C. s.n.c. e Cantharus di Potenza Assunta & C. s.a.s.;

- il provvedimento di ammissione alla procedura di affidamento del servizio non è stato pubblicato sul profilo internet della stazione appaltante, come diversamente previsto dall'art. 29, n. 1, d.lgs. 50 del 2016, sicché tale circostanza è stata appresa soltanto a seguito della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, in data 26 gennaio 2017;

- all'esito delle operazioni di gara, è stata redatta la relativa graduatoria in cui la controinteressata Tandem di Antonella Potenza & C. s.n.c. si è classificata al primo posto e la ricorrente in seconda posizione;

- coll'impugnata determinazione del 25 gennaio 2017 è stata disposta l'aggiudicazione in



favore della medesima controinteressata.

1.2. In diritto, parte ricorrente ha dedotto i motivi di seguito rubricati:

I. Illegittimità del provvedimento di ammissione della società Tandem di Antonella Potenza & C. s.n.c., nonché della società Cantharus s.a.s. di Potenza Assunta & C. s.a.s. e conseguente illegittimità dell'aggiudicazione definitiva: violazione e falsa applicazione dell'art. 80, co. 5, lett. m., d.lgs. 50/2016;

II. Illegittimità del provvedimento di aggiudicazione definitiva e dei verbali di gara presupposti: violazione della *lex specialis* in relazione all'attribuzione dei punteggi, nonché violazione dei principi di ragionevolezza, logicità, correttezza, imparzialità e buon andamento della PA ex art. 97 Cost., difetto di motivazione.

2. L'Amministrazione intimata, costituitasi in giudizio, ha concluso per il rigetto del ricorso per sua infondatezza.

3. All'esito della camera di consiglio svoltasi il 22 marzo 2017, con ordinanza n. 41 del 2017, il Collegio ha fissato l'udienza di merito ai sensi dell'art. 55, n. 10, cod. proc. amm.;

4. In data 25 giugno 2017 si è, altresì, costituita in giudizio, con comparsa di stile, la Tandem di Antonella Potenza & C. s.n.c..

5. Alla pubblica udienza del 5 luglio 2017 i procuratori delle parti hanno precisato le rispettive posizioni. Il difensore dell'Amministrazione intimata ha poi chiesto la pubblicazione del dispositivo della sentenza. Indi, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

5.1. In data 6 luglio 2017 è stato pubblicato il dispositivo della sentenza n. 477 del 2017.

6. *In limine litis*, il Collegio rileva come non sia in contestazione la mancata pubblicazione, sul profilo del committente, in violazione dell'art. 29 del codice dei contratti pubblici, del provvedimento che ha determinato le ammissioni alla procedura comparativa in questione. Consegua a ciò l'inapplicabilità, nel caso di specie, dell'art. 120, n. 2-bis, del medesimo codice, in quanto tale speciale rito postula il contestuale funzionamento delle regole che assicurano la pubblicità e la comunicazione dei provvedimenti di cui si introduce l'onere di immediata impugnazione, sicché in difetto di esse la relativa prescrizione processuale si rivela inattuabile per la mancanza del presupposto della sua operatività (T.A.R. Campania, sez. I, 29 maggio 2017, n. 2843; T.A.R. Basilicata, 13 gennaio 2017, n. 24).

7. Nel merito, il ricorso è fondato in parte, alla stregua della motivazione che segue.

7.1. E' stata in primo luogo dedotta la violazione dell'art. 80, n. 5, lett. m), del d.lgs. n. 50 del 2016, sussistendo nella presente questione una situazione di controllo sostanziale "anche di fatto" tra le società Tandem s.n.c. e Cantharus s.a.s. «riscontrabile agevolmente dall'analisi di molteplici elementi».

7.1.1. La censura coglie nel segno. L'art. 80 del codice dei contratti pubblici sanziona con l'esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto, tra l'altro, gli operatori economici che versino in una situazione di controllo, di cui all'art. 2359 del codice civile, o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, tale da comportare l'imputabilità delle offerte a un unico centro decisionale. Tale previsione è volta a evitare che talune relazioni tra imprese partecipanti allo stesso appalto possano condizionare i rispettivi comportamenti e precludere il rapporto concorrenziale che costituisce la stessa ragion d'essere delle procedure di gara. In altri termini, va assicurata l'effettiva ed efficace tutela della regolarità della gara e, in particolare, la *par condicio* fra tutti i concorrenti, nonché la serietà, completezza, completezza ed indipendenza delle offerte, evitando che, attraverso meccanismi di influenza societari, pur non integranti collegamenti o controlli di cui all'art. 2359 cod. civ., possa essere alterata la competizione, mettendo in pericolo l'interesse pubblico alla scelta del giusto contraente.

7.1.2. Nel caso di specie, ritiene il Collegio che sussistano indizi plurimi, precisi e concordanti che inducono a considerare sussistente un collegamento sostanziale tra le imprese di cui innanzi.

7.1.2.1. In primo luogo non forma oggetto di contestazione che le legali rappresentanti delle cennate società siano avvinte da vincolo di parentela, in quanto tra loro sorelle.

7.1.2.2. Al medesimo approdo conducono poi i tempi di presentazione delle domande di partecipazione e talune significative similitudini e peculiarità dei documenti di gara. In particolare: - le buste contenenti le offerte recano numeri di protocollo di ricezione immediatamente consecutivi (nn. 7211 e 7212 del 12 dicembre 2016); - le offerte sono contraddistinte dalla medesima data di sottoscrizione del 5 dicembre 2016; - le domande di partecipazione riportano la stessa data del 30 novembre 2016; - nell'intestazione di entrambe le offerte vi è l'identico errore nell'indicazione della centrale unica di committenza, costituito dall'utilizzo della denominazione "Canastra" anziché quella corretta "Camastra"; - nella domanda di partecipazione della Cantharus s.a.s, alla lettera j), riferita all'indicazione dell'indirizzo p.e.c. da utilizzare per le comunicazioni di rito, è stato indicato il recapito dell'altra concorrente, ovvero della società Tandem s.n.c..

7.1.2.3. Va pure rilevato come i contenuti delle offerte tecniche delle imprese in questione siano speculari relativamente al capo rubricato per entrambe "organizzazione del servizio" (pagine da 2 a 7 dell'offerta della Tandem s.n.c. e da 5 a 12 dell'offerta della Cantharus s.a.s.).

7.1.2.4. Ancora, risultano del tutto sovrapponibili le "proposte migliorative" di entrambe le imprese, con riguardo ai medesimi paragrafi della "organizzazione, a proprie spese, di specifici menù in occasione di particolari ricorrenze" e "organizzazione e assistenza aggiuntiva con piani predisposti da dietologi per casi particolari – obesità, celiachia, diabete e religione" (pagine 10 e 11 dell'offerta della Tandem s.n.c. e 18 e 19 dell'offerta della Cantharus s.a.s.).

7.1.3. Secondo la stazione appaltante tali "elementi indiziari" avrebbero una valenza prettamente formale e sarebbero inadeguati a supportare la tesi del collegamento sostanziale, e,

tra l'altro, «la loro presenza ben potrebbe essere plausibilmente riconducibile alla circostanza che le dette concorrenti abbiano affidato la predisposizione degli atti di gara ad una stessa agenzia, che, nell'espletamento del mandato ricevuto, abbia commesso» i predetti errori. In senso contrario, tuttavia, va evidenziato come tale argomento costituisca mera congettura, e che di tale supposizione non vi è comunque traccia negli atti di gara. Inoltre, tale teorizzato affidamento implicherebbe comunque la violazione dei principi di trasparenza e di segretezza e serietà delle offerte.

7.1.4. Ritiene dunque il Collegio che i cennati elementi, anche considerati nella loro complessiva valenza, inducano a ritenere la riferibilità a un unico centro decisionale delle offerte formalmente presentate da distinte imprese collettive. Sul punto, va richiamato il condivisibile orientamento giurisprudenziale secondo cui ben possono costituire indici presuntivi della sussistenza di un collegamento di fatto i rapporti di parentela fra amministratori delle società, nonché le circostanze di tempo e di luogo di spedizione delle domande di partecipazione e gli elementi formali connotanti i documenti di gara (Cons. Stato, sez. VI, 22 febbraio 2013, n. 1091).

8. Dalle considerazioni che precedono discende l'accoglimento dell'azione impugnatoria, con assorbimento di ogni ulteriore censura e, per l'effetto, l'annullamento degli atti in epigrafe.

8.1. Non vi è luogo a disporre in ordine alla richiesta declaratoria di inefficacia del contratto, non risultando dagli atti e dalle deduzioni delle parti che esso sia stato stipulato, né in ordine all'istanza risarcitoria, risultando l'interesse sostanziale di parte ricorrente soddisfatto per effetto della aggiudicazione in suo favore dell'appalto in questione, conseguente all'annullamento di quella disposta a favore dell'impresa controinteressata, sebbene subordinatamente all'esito positivo del previo accertamento della sussistenza dei requisiti previsti dalla legge di gara.

9. Sussistono giusti motivi, in ragione delle peculiarità della questione, per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, definitivamente pronunciando sul ricorso, per come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Potenza, nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2017, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente



Pasquale Mastrantuono, Consigliere

Benedetto Nappi, Primo Referendario, Estensore