

APPALTI – GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA : Cons. Stato, Sezione V, 02 aprile 2024, n. 3008,
in Urbanistica e appalti, 4/2024, pag. 481, con nota di Roberto Musone *“Il termine di impugnazione dell’aggiudicazione in presenza di condotte ostruzionistiche della stazione appaltante nell’evasione dell’istanza di accesso agli atti di gara”*.

1. -Giustizia Amministrativa -Appalto di opere e servizi -Termine di impugnazione dell’aggiudicazione -Decorrenza dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara -Solo per i vizi percepibili direttamente ed immediatamente dai provvedimenti oggetto di pubblicazione.

2. -Giustizia Amministrativa -Appalto di opere e servizi -Termine di impugnazione dell’aggiudicazione - Istanza di accesso tempestiva - Riscontro ostensivo tempestivo - Termine per impugnare (di trenta giorni) -Differimento del termine (di quindici giorni) -Effetti: il ricorso deve essere proposto entro il termine massimo di 45 giorni dalla comunicazione o pubblicazione.

3. -Giustizia Amministrativa -Appalto di opere e servizi - Termine di impugnazione dell’aggiudicazione - Istanza di accesso tardiva - Termine per impugnare (di trenta giorni) - Differimento del termine -Inapplicabilità - Applicazione del principio di autoresponsabilità.

4. -Giustizia Amministrativa -Appalto di opere e servizi - Istanza di accesso - Comportamenti ostruzionistici - Vizi conoscibili solo in esito all'accesso - Termine di impugnazione dell’aggiudicazione - Decorre dall'effettiva ostensione dei documenti.

1. Il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione di una gara d'appalto decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara in coerenza con quanto prescritto dall'art. 29 del D.Lgs. n. 50 del 2016, per tutti quei vizi percepibili direttamente ed immediatamente dai provvedimenti oggetto di pubblicazione.

2. Si è affermato che se l'istanza di accesso è tempestiva (in quanto proposta entro il termine di quindici giorni decorrenti dalla comunicazione o dalla pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione) e parimenti tempestivo è il riscontro ostensivo da parte della stazione appaltante, il termine per impugnare (di trenta giorni) subisce una corrispondente dilazione temporale (di quindici giorni), con la conseguenza che il ricorso deve essere proposto entro il termine massimo di 45 giorni dalla comunicazione o pubblicazione.

3. Se l'istanza di accesso è tardiva (successiva, cioè, al quindicesimo giorno dalla comunicazione o pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione) non opera, a favore del ricorrente, la predetta "dilazione temporale", in applicazione di un canone di autoresponsabilità dell'operatore economico e al fine di evitare che il termine di impugnazione possa essere modulato ad libitum.

4. Nel caso di comportamenti ostruzionistici o non collaborativi della stazione appaltante sull'istanza di accesso ex art. 76, comma 2, D.Lgs. n. 50 del 2016, che ad esempio evada l'istanza successivamente al termine di quindici giorni dalla ricezione, e sempreché la stessa sia stata presentata tempestivamente, il termine per impugnare non inizia a decorrere se non dal momento dell'ostensione della documentazione richiesta, trattandosi di vizi conoscibili solo in esito all'accesso, e non si applica il meccanismo della dilazione temporale di complessivi quarantacinque giorni dalla pubblicazione degli atti di gara, ma si rinnova, piuttosto, il termine di trenta giorni decorrente dall'effettiva ostensione dei documenti di gara richiesti.

Svolgimento del processo

1.- Il R.A.S. s.r.l. ha interposto appello nei confronti della sentenza 27 giugno 2023, n. 469 del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, sez. I, che ha dichiarato irricevibile il suo ricorso avverso il Prov. in data 23 maggio 2023 con il quale A. s.p.a., gestore del servizio idrico integrato della Regione Sardegna, ha aggiudicato alla -OMISSIS- s.r.l. la procedura per l'affidamento dei "lavori di manutenzione conservativa e di efficientamento delle infrastrutture a rete del servizio idrico integrato e degli impianti connessi, ricadenti nei Comuni dell'area di "Thiesi" ed "Ozieri" nel Distretto 6".

Oggetto di contestazione è la procedura telematica negoziata per l'affidamento di un appalto misto di lavori (per euro 2.012.743,82) e di servizi (per euro 79.927,00); all'esito è risultata prima graduata la società -OMISSIS- con un ribasso del 18,668 per cento, seguita dal raggruppamento appellante con un ribasso del 18,020 per cento.

Il raggruppamento A.S. s.r.l. ha presentato tre istanze di accesso (in data 22 marzo 2023, 28 marzo 2023 e in data 5 aprile 2023) alla documentazione di gara (in particolare concernente la documentazione amministrativa e l'offerta tecnica ed economica della -OMISSIS- s.r.l., il provvedimento di aggiudicazione e i verbali di gara, nonché le risultanze delle verifiche espletate dalla stazione appaltante in ordine al possesso dei requisiti generali e speciali dichiarati in gara dall'aggiudicataria), ma l'ostensione è stata consentita solamente con nota in data 20 aprile 2023, circa un mese dopo la comunicazione di aggiudicazione (risalente al 23 marzo) e dopo i quindici giorni previsti dall'art. 76, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016.

Con il ricorso di primo grado, notificato il 17 maggio 2023, dopo avere esaminato la documentazione ostesa il precedente 20 aprile, il raggruppamento A.S. ha impugnato l'aggiudicazione in favore della -OMISSIS- deducendo che quest'ultima doveva essere esclusa dalla gara per mancanza del requisito di capacità tecnico-professionale/organizzativa per la parte relativa ai "servizi" (con riguardo al mancato possesso del requisito relativo all'avvenuto espletamento di precedenti servizi analoghi), per difetto del requisito di idoneità professionale per la parte relativa ai "servizi" (stante la mancata presenza, nella visura camerale, di attività coerenti con i servizi oggetto di gara), ed inoltre per la esistenza di gravi profili escludenti ai sensi dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50 del 2016.

2. - La sentenza appellata, richiamando l'insegnamento di Consiglio di Stato, Ad. plen., n. 12 del 2020, ha dichiarato il ricorso irricevibile, nella considerazione che, a fronte della comunicazione di aggiudicazione risalente al 23 marzo 2023, la A.S. s.r.l. ha notificato il ricorso in data 17 maggio 2023, cioè 55 giorni dopo la predetta comunicazione, anziché nel termine di 45 giorni stabilito dalla giurisprudenza

3.- Con l'appello il raggruppamento A.S. s.r.l. ha dedotto l'erroneità della statuizione di irricevibilità proprio tenendo conto dei principi espressi dalla predetta sentenza dell'Adunanza plenaria, che

sarebbero dunque stati erroneamente interpretati dal primo giudice, riproponendo poi i motivi di primo grado non esaminati e/o assorbiti

4. - Si è costituita in resistenza l'A. s.p.a. puntualmente controdeducendo e chiedendo la reiezione del ricorso in appello.

5. - All'udienza pubblica del 30 novembre 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

Motivi della decisione

1.- Il primo motivo di appello critica la statuizione di irricevibilità del ricorso, nell'assunto che la giurisprudenza ha ormai riconosciuto che ove l'amministrazione non dia immediata conoscenza degli atti di gara (mediante tempestiva risposta alla, pur tempestiva, richiesta di accesso, da evadere entro il termine di quindici giorni), deve farsi applicazione dell'ordinario termine di impugnazione di trenta giorni decorrente dalla effettiva ostensione documentale. Nella fattispecie in esame, l'appellante ha proposto tre istanze di accesso agli atti (20 marzo, 28 marzo e 5 aprile), tutte entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione di aggiudicazione avvenuta il 23 marzo 2023, mentre la committenza ha evaso l'istanza solamente in data 20 aprile 2023, e dunque circa un mese dopo la comunicazione di aggiudicazione (23 marzo) ed oltre i quindici giorni previsti dal medesimo art. 76, comma 2, imposto per evadere l'istanza; ne consegue che il ricorso deve ritenersi tempestivo proprio alla luce dei principi espressi dalla sentenza n. 12 del 2020 dell'Adunanza plenaria. Né rileva in senso inverso la circostanza per cui il maggiore termine impiegato da A. sia ascrivibile al contraddittorio con le parti.

Il motivo è fondato.

Giova muovere da una breve ricognizione dei canoni ermeneutici fissati dalla sentenza di Cons. Stato, Ad. plen., 2 luglio 2020, n. 12; anzitutto **il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione di una gara d'appalto decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara in coerenza con quanto prescritto dall'art. 29 del D.Lgs. n. 50 del 2016, per tutti quei vizi percepibili direttamente ed immediatamente dai provvedimenti oggetto di pubblicazione; inoltre, la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la "dilazione temporale" di quindici giorni quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta (sempre che, in tale caso, l'istanza di accesso sia tempestivamente proposta nei quindici giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione).**

I criteri ermeneutici in ordine alla esatta individuazione del termine di impugnazione dei provvedimenti in materia di affidamento dei contratti pubblici sono poi stati affinati dalla successiva elaborazione giurisprudenziale. In particolare si è affermato che **se l'istanza di accesso è tempestiva (in quanto proposta entro il termine di quindici giorni decorrenti dalla comunicazione o dalla**

pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione) e parimenti tempestivo è il riscontro ostensivo da parte della stazione appaltante, il termine per impugnare (di trenta giorni) subisce una corrispondente dilazione temporale (di quindici giorni), con la conseguenza che il ricorso deve essere proposto entro il termine massimo di 45 giorni dalla comunicazione o pubblicazione.

Se invece l'istanza di accesso è tardiva (successiva, cioè, al quindicesimo giorno dalla comunicazione o pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione) non opera, a favore del ricorrente, la predetta "dilazione temporale", in applicazione di un canone di autoresponsabilità dell'operatore economico e al fine di evitare che il termine di impugnazione possa essere modulato ad libitum.

Nel caso, invece, di comportamenti ostruzionistici o comunque non collaborativi della stazione appaltante (che, ad esempio, evada l'istanza successivamente al termine di quindici giorni dalla ricezione), il termine per impugnare (trattandosi di vizi conoscibili solo in esito all'accesso) non inizia a decorrere se non dal momento dell'ostensione della documentazione richiesta e non si applica il meccanismo della dilazione temporale (45 giorni in tutto dalla pubblicazione degli atti di gara), ma si rinnova, piuttosto, il termine di 30 giorni decorrente dall'effettiva ostensione dei richiesti documenti di gara (Cons. Stato, V, 15 marzo 2023, n. 2736; 20 marzo 2023, n. 2796).

Nel caso di specie, le istanze di accesso del raggruppamento A.S. (in data 22 marzo e 28 marzo, mentre la nota del 5 aprile è volta ad argomentare l'assenza di legittime ragioni di opposizione da parte della società -OMISSIS-) sono state proposte nel termine di quindici giorni (di cui all'art. 76, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016) dalla comunicazione di aggiudicazione avvenuta il 23 marzo 2023; la stazione appaltante ha evaso l'istanza in data 20 aprile 2023 e cioè oltre il termine di 15 giorni previsti dal predetto art. 76, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016

Ne discende che, essendo il provvedimento della stazione appaltante sull'istanza di accesso (anche prendendo a parametro il sollecito del 28 marzo 2023) non rispettoso del termine di 15 giorni, deve ritenersi applicabile, secondo le coordinate ermeneutiche elaborate dalla giurisprudenza, quale dies a quo per l'impugnazione dell'aggiudicazione, il termine di 30 giorni decorrente dall'effettiva ostensione dei richiesti documenti di gara.

Ne consegue che, in riforma della statuizione di primo grado, deve ritenersi tempestivo il ricorso di primo grado, notificato in data 17 maggio 2023, a fronte di un'ostensione documentale concessa il 20 aprile 2023.

2. - Dovendosi procedere ora alla disamina dei motivi riproposti, con il primo mezzo l'appellante deduce che l'offerta aggiudicataria doveva essere esclusa in quanto priva dei requisiti di idoneità professionale e di qualificazione richiesti per essere ammessi alla procedura; in particolare la società -OMISSIS- sarebbe mancante, per la quota dei "servizi", del requisito, prescritto dall'art. 7.1 della lettera di invito, della capacità tecnico professionale dell'espletamento di servizi analoghi (all'attività

di campagna estensiva di ricerca perdite e/o di ricerca e dismissione di condotte vetuste) a quelli oggetto d'appalto per un valore di 79.927,00 euro, come si evince dal certificato di esecuzione lavori (CEL) che non può essere integrato da una dichiarazione postuma del Rup

Il motivo è infondato.

L'art. 7.1 della lettera di invito, in tema di requisiti di idoneità professionale e capacità tecnico-organizzativa, con riguardo ai servizi, richiede il possesso del requisito di "capacità tecniche e professionali, ai sensi dell'art. 83, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 50 del 2016 : aver eseguito nell'ultimo triennio antecedente alla data di pubblicazione del bando, mediante attività diretta o indiretta, servizi analoghi all'attività di campagna (estensiva) di ricerca perdite e/o di ricerca e dismissione di condotte vetuste e/o di campagna di misura di portate e pressioni in rete (anche eseguite all'interno di contratti di lavori) per un valore complessivo minimo pari all'importo dei servizi a base d'asta escluso IVA".

La lex specialis ammetteva dunque che il predetto requisito tecnico fosse acquisito nell'ambito di contratti di lavori, prevedenti l'esecuzione di servizi sussidiari e accessori alle opere eseguite. La -OMISSIS- -OMISSIS- -OMISSIS- ha maturato il contestato requisito di idoneità professionale e capacità tecnico-organizzativa nell'ambito di un appalto di lavori indetto dal Consorzio di bonifica del Nord Sardegna per euro 300.000 e nell'ambito di un accordo quadro di durata triennale con il C.I. provinciale oristanese per euro 23.842,40. Quanto ai servizi eseguiti per il Consorzio di bonifica del Nord Sardegna, la mancata indicazione nel CEL dell'esecuzione del servizio non equivale alla mancata prestazione dello stesso, atteso che detto certificato concerne solo l'esecuzione dei lavori, e non anche di servizi e forniture connessi (Cons. Stato, V, 7 giugno 2021, n. 4298); di qui il legittimo utilizzo dell'attestazione del Rup in data 6 marzo 2023.

3. - Il secondo motivo riproposto deduce poi l'assenza, in capo all'aggiudicataria, dei requisiti di idoneità professionale, non esercitando né essendo iscritta nel registro della CCIAA per attività coerente ai servizi oggetto di gara, quanto meno con riguardo alla prestazione secondaria.

Il motivo è infondato

La lettera di invito, nel già richiamato punto 7.1, richiede il possesso del requisito della "idoneità professionale, ai sensi dell'art. 83, comma 1, lett. a), del D.Lgs. n. 50 del 2016 : iscrizione nel registro tenuto dalla Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura oppure nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato per attività coerenti con i servizi oggetto della presente procedura di gara".

Atteso che la locuzione "attività coerenti" non equivale a quella di "attività identiche", può ritenersi che le attività riportate nel certificato camerale della -OMISSIS- s.r.l. (in particolare, la costruzione di reti idriche, fognarie e di impianti di depurazione) siano coerenti con i servizi oggetto di gara.

4. - Con il terzo motivo il RTI A.S. s.r.l. deduce poi l'assenza dei requisiti di ordine generale in capo all'aggiudicataria, che ha subito due risoluzioni contrattuali e condanne penali, non adeguatamente descritte in sede di dichiarazione, e in ordine alle quali la stazione appaltante non avrebbe compiuto quell'adeguata valutazione di rilevanza prescritta dall'art. 80, comma 5, lett. c), del D.Lgs. n. 50 del 2016.

Anche tale motivo è infondato, considerando che le condanne penali sono risalenti nel tempo e non rilevanti; peraltro l'una (quella per il reato accertato nel 1989) stata fatta oggetto di riabilitazione e l'altra (per il reato accertato nel 2005) subita da un sindaco supplente.

Le risoluzioni contrattuali, indicate nella "dichiarazione integrativa" allegata al DGUE, sono state valutate, seppure sinteticamente, dalla Commissione di gara e ritenute "irrilevanti" ai fini dell'ammissione alla gara (peraltro entrambe -quella del 2018 e quella del 2021- risultano contestate in sede giudiziale).

5. - Alla stregua di quanto esposto, l'appello va accolto, con conseguente riforma della statuizione di irricevibilità, ma va respinto nel merito (anche con riguardo alla domanda risarcitoria da mancata aggiudicazione).

L'esito decisorio integra le ragioni previste dalla legge per la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, con conseguente riforma della statuizione di irricevibilità, ma lo respinge nel merito.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte controinteressata.

Conclusione

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere