

APPALTI: Gara - Aggiudicazione - Impugnazione - Termini - Istanza di accesso tardiva - Irricevibilità del ricorso.

Tar Calabria - Catanzaro, Sez. I, 22 febbraio 2021, n. 359

- in *Rivista Trimestrale degli appalti*, 3, 2021, pag. 1147 con commento di Edoardo Giardino, *Istanza di accesso agli atti di gara e decorrenza del termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione.*

“[...] L'attenta lettura della sentenza n. 12/2020 (v. punti 19, 22 e 27) porta a comprendere che il Consiglio di Stato abbia ricavato il termine entro il quale l'impresa è tenuta proporre istanza di accesso, in quanto incidente sul termine di decadenza dell'art. 120 c.p.a., in quello di quindici giorni, analogicamente estendendo il termine previsto dall'art. 76, comma 2 nuovo c.c.p. per la p.a. per far accedere a quello ad quem per l'operatore per avanzare l'istanza di accesso per identità di ratio.

Tale limite temporale, pur a fronte dell'abrogazione dell'art. 79 co. 5 quater d.lgs. n. 163/2006, hanno osservato diverse pronunce, risulta imprescindibile per evitare che il termine di impugnazione sia rimesso alle iniziative di ostensione (consapevoli o meno) dell'operatore economico con inaccettabili conseguenze di incertezza sulla stabilità degli atti della procedura di evidenza pubblica e di conseguenza sui tempi del contratto.

Aggiunge questo che non possa, altresì, dimenticarsi il meticoloso coordinamento legislativo disciplinato (anzitutto) con la stand still (oltre che con le modalità/tempistiche delle comunicazioni imposte alla S.A., con l'abolizione nella materia dei contratti del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, con la previsione della notifica del ricorso anche alla P.a. presso la sede) tra tempi del processo e tempi di conclusione del contratto, tempo finale questo il cui rigore è stato ribadito con la novella dell'art. 32 c.c.p. da parte del decreto semplificazioni (d.l. n. 76/2020). D'altro canto, ove si negasse la sussistenza di un termine finale esigibile dall'impresa per avere completa cognizione degli atti e, dunque, una cognizione tale da renderle possibile l'impugnazione non resterebbe che adottare quella ben più rigorosa giurisprudenza che, invece, di aggiungere tale termine esigibile per avanzare l'istanza di accesso a quello di impugnazione, detrae i giorni attesi dall'impresa per l'ostensione a quello di decadenza di cui all'art. 120 c.p.a. (v. Tar Venezia 964/2020 [successiva alla rinuncia della Plenaria]; Tar Palermo, 2404/2019 e Tar Lazio 13550/2020), interpretazione che, pur rispettosa dell'esigenza di certezza dei termini di

impugnazione, il Collegio ritiene essere distonica rispetto al principio di effettività della tutela [...]”.

FATTO

Scaglione Giuseppe, premesso di essersi classificato secondo nella gara per l'affidamento di lavori di adeguamento sismico dell'edificio poliambulatorio con funzione di centro soccorso sanitario del Comune di Acri e di avere ottenuto i documenti di gara solo il 5.6.2020, ha impugnato l'aggiudicazione disposta in favore della Max Automazioni s.r.l. del 12.2.2020, lamentandone l'illegittimità per a) travisamento dei fatti, palese illogicità e manifesta irragionevolezza nell'esame delle offerte e nell'attribuzione dei punteggi e b) omessa valutazione da parte della commissione delle migliori aggiuntive offerte dalla ditta Scaglione.

La controinteressata ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto di prova di resistenza e la sua infondatezza.

Il Comune di Acri ha preliminarmente eccepito l'irricevibilità del ricorso e l'inammissibilità per difetto di prova di resistenza e nel merito ha sostenuto la sua infondatezza.

La Cuc ed il Comune di Bisignano, cui il ricorso è stato ritualmente notificato, non si sono costituite.

Con ordinanza n. 398/2020, non impugnata, è stata denegata la tutela cautelare.

All'udienza pubblica del 27.1.2021, trattata la controversia la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Deve il Tribunale preliminarmente occuparsi della eccezione preliminare di irricevibilità del ricorso.

Come noto, a fronte di contrasto giurisprudenziale dovuto anche alla modifica della disciplina tra primo e secondo codice dei contratti pubblici, in ordine alla decorrenza del termine di impugnazione ex art. 120 c.p.a. ha stabilito l'Adunanza Plenaria con la pronuncia n. 12/20, anche tenendo conto delle statuizioni della Corte di Giustizia sull'effettività della tutela in materia di contratti pubblici, 1) che sono idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati, 2) che la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la "dilazione temporale" per la proposizione del ricorso quando i motivi 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, 3) che, qualora l'Amministrazione aggiudicatrice

rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara, il termine per l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti.

Precisa ancora il Consiglio di Stato in sede Plenaria che, pur a fronte della mancata riproposizione di un termine per esercitare il diritto di accesso nelle procedure di gara previsto nel codice del 2006 all'art. 79 comma 5 *quater* in 10 giorni, l'individuazione del *dies a quo* per l'impugnazione continua a dipendere non solo dal rispetto delle disposizioni sulle formalità inerenti alla 'informazione' e alla 'pubblicazione' degli atti, ma anche *dalle iniziative dell'impresa che effettui l'accesso informale con una 'richiesta scritta'*, impresa in ciò tenuta alla regola della diligenza.

Tale onere di diligenza, si badi, per come sottolineato dalla Plenaria (v. punto 28.2), risulta anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia la quale ha affermato la compatibilità comunitaria di un sistema di contenzioso sui contratti pubblici in cui il termine per impugnare inizi a decorrere da quando l'impresa ha avuto o *avrebbe dovuto avere conoscenza* della presunta violazione delle disposizioni sull'evidenza pubblica (v. Corte di Giustizia, Sez. IV, 14 febbraio 2019, in C-54/18 e Sez. V, 8 maggio 2014, in C-161/13).

L'attenta lettura della sentenza n. 12/2020 (v. punti 19, 22 e 27) porta a comprendere che il Consiglio di Stato abbia ricavato il termine entro il quale l'impresa è tenuta proporre istanza di accesso, in quanto incidente sul termine di decadenza dell'art. 120 c.p.a., in quello di quindici giorni, analogicamente estendendo il termine previsto dall'art. 76, comma 2 nuovo c.c.p. per la p.a. per far accedere a quello *ad quem* per l'operatore per avanzare l'istanza di accesso per identità di *ratio*.

Tale limite temporale, pur a fronte dell'abrogazione dell'art. 79 co. 5 *quater* d.lgs. n. 163/2006, hanno osservato diverse pronunce, risulta imprescindibile per evitare che il termine di impugnazione sia rimesso alle iniziative di ostensione (consapevoli o meno) dell'operatore economico con inaccettabili conseguenze di incertezza sulla stabilità degli atti della procedura di evidenza pubblica e di conseguenza sui tempi del contratto.

Aggiunge questo che non possa, altresì, dimenticarsi il meticoloso coordinamento legislativo disciplinato (anzitutto) con la *stand still* (oltre che con le modalità/tempistiche delle comunicazioni imposte alla S.A., con l'abolizione nella materia dei contratti del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, con la previsione della notifica del ricorso anche alla P.a. presso la sede) tra tempi del processo e tempi di conclusione del contratto, tempo finale questo il cui rigore è stato ribadito con la novella dell'art. 32 c.c.p. da parte del decreto semplificazioni (d.l. n. 76/2020).

D'altro canto, ove si negasse la sussistenza di un termine finale esigibile dall'impresa per avere completa cognizione degli atti e, dunque, una cognizione tale da renderle possibile l'impugnazione non resterebbe che adottare quella ben più rigorosa giurisprudenza che, invece, di aggiungere tale termine esigibile per avanzare l'istanza di accesso a quello di impugnazione, detrae i giorni attesi dall'impresa per l'ostensione a quello di decadenza di cui all'art. 120 c.p.a. (v. Tar Venezia 964/2020 [successiva alla pronuncia della Plenaria]; Tar Palermo, 2404/2019 e Tar Lazio 13550/2020), interpretazione che, pur rispettosa dell'esigenza di certezza dei termini di impugnazione, il Collegio ritiene essere distonica rispetto al principio di effettività della tutela.

2. Venendo al caso di specie la ricorrente ha proposto accesso il 21.3.2020 (v. pec in doc. n. 3 fasc. ricorrente) e dunque oltre il termine di 15 giorni decorrenti dalla comunicazione dell'aggiudicazione avvenuta il 13.2.2020, termine cadente il 28.2.20 antecedente alle sospensioni processuali per il Covid (a decorrere dall'8.3.2020 ex art. 83 d.l. n. 18/2020) mentre nessuna prova vi è dell'inoltro della menzionata precedente istanza del 25.2 neppure citata nel notificato ricorso ex art. 116 c.p.a. (v. riferimento ad una sola istanza di accesso antecedente a quella del 21.3.2020 e parzialmente evasa il 21.4.2020).

2. In ragione delle ragioni della decisione e della novità delle questioni possono compensarsi le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso di cui in epigrafe, così provvede:

- 1) Dichiara irricevibile il ricorso;
- 2) Compensa tra le parti e spese di giudizio.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Francesco Tallaro, Primo Referendario

Francesca Goggiamani, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Francesca Goggiamani

IL PRESIDENTE

Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO