

APPALTI: Atti delle procedure di affidamento - Illegittimità - Rimedi giurisdizionali esperibili - Solo tramite ricorso al Tar competente - Ricorso straordinario al Capo dello Stato - Esclusione - Specialità del rito appalti.

Cons. Stato, Sez. V, 5 aprile 2022, n. 2518

- in *Guida al diritto*, 17, 2022, pag. 32.

“[...] In materia di pubblici affidamenti, il rimedio giurisdizionale avverso gli atti illegittimi facenti parte delle relative procedure è unico, e si riduce al solo ricorso al Tribunale amministrativo regionale competente, con esclusione, quindi, del ricorso straordinario al Capo dello Stato.

L’art. 120 c.p.a rubricato ‘disposizioni specifiche ai giudizi di cui all’art. 119 comma 1, lett. a)’ si applica alle controversie aventi ad oggetto gli atti delle procedure di affidamento, comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico – amministrative relativamente a pubblici lavori, servizi o forniture dinanzi al giudice amministrativo. Si occupa, altresì, dell’eventuale proposizione dei c.d. motivi aggiunti e del procedimento che un giudice deve seguire per poter emettere una sentenza con la quale definire una controversia.

Ai sensi dell’art. 120, comma 1, del c.p.a., “Gli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico – amministrative ad esse connesse, relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, nonché i connessi provvedimenti dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente”.

La norma, che esclude la proponibilità del ricorso straordinario nel contenzioso sui pubblici appalti, è stata inserita nell’art. 245, comma 1, del d.lgs. 20 marzo 2010, n. 163, per effetto della sostituzione operata dall’art. 8, comma 1, lett. b) del d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53.

Questo Consiglio, nel parere reso sullo schema del d.lgs. n. 53 del 2010, ha evidenziato che la scelta di escludere il ricorso straordinario è ‘coerente con l’accentuata specialità che connota il nuovo rito in materia di appalti’ [...]”.

FATTO

1.Eureka S.r.l. – Impresa Sociale, con domanda del 21 maggio 2019, partecipava alla gara indetta dalla Prefettura di Benevento, in persona del Prefetto *pro tempore*, con determina a contrarre del 9.4.2019, pubblicata ex art. 29 d.lgs. n. 50/2016, per la conclusione di un accordo quadro per l’affidamento dei servizi di gestione di centri collettivi per cittadini stranieri con capacità ricettiva massima di n. 50 posti.

La procedura di gara veniva avviata ed espletata mediante il Sistema Informatico di e- procurement in modalità Application Service provider (ASP), ai fini degli adempimenti di cui all'art. 40 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

All'esito della valutazione delle offerte tecniche ed economiche presentate dagli operatori ammessi alla gara, la Prefettura di Benevento, con decreto prot. n. 39582 del 3 giugno 2020, disponeva l'esclusione di Eureka S.r.l., in ragione della carenza di requisito di agibilità di taluni immobili indicati nell'offerta, situati nei comuni di Frasso Telesino e di Sant'Agata dei Goti. In particolare, l'amministrazione contestava che per l'immobile sito in Frasso Telesino, riportato in catasto al foglio 17 – part. 344 sub. 1, intestato alla sig.ra Di Maio Sofia, non risultava essere stato richiesto il certificato di agibilità, la destinazione d'uso prevalente risultava essere abitativa in categoria A3, e si trattava di un fabbricato rurale con funzioni di abitazione principale. Con riferimento alle unità immobiliari riportate in catasto al foglio n. 39 part. 1628 sub 2 e 3 part. 1625 sub 26 e part. 1626 sub 8, intestate alle Edil Ver sas & c. di Verrazzo Francesco, l'amministrazione riferiva che il Comune di Sant'Agata de' Goti aveva comunicato di avere reperito il certificato di agibilità n. 161/2014 del 19 gennaio 2015 in relazione ai soli sub 2 e 3 della particella 1628 del foglio 39.

Eureka S.r.l. denunciava l'illegittimità di tutti gli addebiti contestati, chiedendo con controdeduzioni il riesame in autotutela.

La Prefettura di Benevento respingeva la richiesta con nota n. 192 del 10 luglio 2020, ribadendo la correttezza delle proprie determinazioni riguardo al solo immobile sito in Frasso Telesino, riportato al catasto al foglio 17 – p.lla 344, sub 1, intestato alla sig.ra di Maio Sofia, e precisando *“poiché, diversamente da come dichiarato in sede di gara....per l'immobile interessato non è stato richiesto il certificato di agibilità”*.

2. Eureka s.r.l. proponeva ricorso straordinario al Capo dello Stato, notificato in data 30 settembre 2020, impugnando la propria esclusione unitamente agli atti consequenziali e, in particolare, la segnalazione all'ANAC e il rigetto della richiesta di riesame del provvedimento di esclusione del 10 luglio 2020.

L'Avvocatura dello Stato si opponeva al ricorso straordinario, ai sensi dell'art. 10 del d.P.R. n. 1199 del 24 novembre 1971, così determinando la ricorrente a trasferire il gravame in sede giurisdizionale dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Campania, con atto notificato il 27 dicembre 2020.

Dinanzi al Tribunale adito, la ricorrente insisteva nell'accoglimento della propria domanda caducatoria, previa concessione di misura cautelare, proponendo istanza di risarcimento del danno

in forma specifica e, in via subordinata, per l'equivalente, rapportato sia al danno emergente, che al lucro cessante e, infine, anche al danno curriculare.

Con memoria del 3 febbraio 2020, le amministrazioni resistenti si costituivano in giudizio eccependo, in via preliminare: a) l'inammissibilità del ricorso in quanto proposto con ricorso straordinario al Capo dello Stato nella materia degli appalti pubblici in palese violazione dell'art. 120 c.p.a.; b) in via subordinata, l'inammissibilità del gravame per tardività in quanto l'atto di costituzione del 27 dicembre 2020 era stato depositato dinanzi al competente Tribunale amministrativo regionale oltre il termine perentorio di trenta giorni per l'impugnazione dei provvedimenti prot. nn. 39615 e 39582, entrambi del 3 giugno 2020, relativi alla esclusione della ricorrente e contestuale aggiudicazione della gara alla Centro Servizi Noi X Voi cooperativa sociale A R.L.; c) l'infondatezza del gravame per assenza dei requisiti di partecipazione della società, come precisato dalla Prefettura di Benevento nel provvedimento di esclusione.

3. L'adito Tribunale, con sentenza n. 2997 del 5 maggio 2021, dichiarava il ricorso in parte irricevibile e, in parte, inammissibile, ritenendo applicabilità dell'art. 120 del c.p.a. secondo cui gli atti delle procedure di affidamento di servizi pubblici, quale era quella di cui si discuteva, erano impugnabili 'unicamente' mediante ricorso al T.A.R. competente, con la conseguenza che il ricorso amministrativo proposto non era idoneo a rispettare il termine decadenziale di trenta giorni (art. 120 comma 5, c.p.a.) per impugnare gli atti della gara, tra i quali erano compresi quelli qui gravati.

Il primo atto utile nel senso indicato era il ricorso al T.A.R., che era stato notificato solo il 27 dicembre 2020 dopo la scadenza del termine di decadenza, atteso che l'ultimo atto impugnato era la risposta negativa alla richiesta di riesame del 10 luglio 2020. I giudici di prima istanza precisavano, altresì, che neppure il ricorso straordinario era stato presentato nel rispetto del termine di trenta giorni, pacificamente applicabile alle impugnative delle procedure di gara, rispetto all'ultimo atto impugnato, ossia il rigetto della richiesta di riesame del 10 luglio 2020, comunque inidoneo a spostare in avanti la decorrenza del termine decadenziale, trattandosi di un atto meramente confermativo, non influente sul termine di impugnazione degli atti precedenti.

Infine, il ricorso avverso la segnalazione all'ANAC ai sensi dell'art. 80, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016, era inammissibile oltre che tardivo, trattandosi di un atto prodromico ed endoprocedimentale, non dotato di autonoma lesività, sicchè gli eventuali vizi potevano essere fatti valere solo in via derivata impugnando il provvedimento finale dell'Autorità di Vigilanza, unico atto avente natura provvedimentale con carattere autoritativo.

4. Eureka S.r.l. propone appello avverso la sentenza in epigrafe indicata, di cui contesta il fondamento, lamentando: a) *I motivo in rito- ritenuta inammissibilità del ricorso al Capo dello*

Stato ex art. 120 c.p.a.; b) II motivo in rito - erroneità e contraddittorietà della sentenza gravata con riferimento al termine decadenziale di impugnazione ai sensi dell'art. 120 c.p.a.; c) III motivo in rito - erroneità e contraddittorietà della sentenza gravata con riferimento alla inammissibilità/irricevibilità del ricorso per impugnabilità autonoma della segnalazione all'ANAC. L'appellante ripropone con l'appello anche i motivi di impugnazione illustrati con il ricorso di primo grado.

4.1. L'Ufficio territoriale del Governo di Benevento e il Ministero dell'Interno, con memorie, hanno insistito per il rigetto del gravame.

5. All'udienza pubblica del 17 febbraio 2022, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

6. I primi di due motivi di gravame vanno esaminati congiuntamente per ragioni di connessione logica, atteso che entrambi censurano, sotto vari profili, la statuizione di irricevibilità e inammissibilità del ricorso.

6.1. Con il primo motivo, Eureka S.r.l. denuncia l'erronea interpretazione del contenuto precettivo dell'art. 120 c.p.a., con riferimento ad alcuni provvedimenti oggetto della propria domanda caducatoria, ossia l'esclusione dalla gara, l'aggiudicazione della stessa a Centro Servizi Noi X Voi cooperativa sociale A R.L., e il successivo provvedimento di rigetto della istanza di revoca in autotutela.

Secondo l'appellante, la preclusione enunciata nell'art. 120 c.p.a. non può riferirsi al ricorso al Capo dello Stato, non solo per la sua natura storicamente giustiziale, ma anche in un'ottica di effettività della tutela in materia di appalti pubblici, quale valore preminente e comunitariamente sancito.

Il Collegio di primo grado, muovendo dall'erroneo postulato, secondo cui il ricorso al Capo dello Stato esperito da Eureka S.r.l. dovrebbe ritenersi in *nuce* inammissibile, sarebbe incorso nel conseguente ed inevitabile errore di considerare quale primo atto utile di impugnazione il predetto ricorso al Tribunale amministrativo regionale proposto successivamente alla richiesta di trasposizione del gravame dalla sede amministrativa – giustiziale a quella giurisdizionale, così come richiesto dalla difesa erariale.

6.2. Con il secondo motivo, l'appellante denuncia l'erroneità della sentenza gravata avendo il giudice di prima istanza dichiarato l'inammissibilità del ricorso straordinario al Capo dello Stato anche sotto altro e diverso profilo, ossia ritenendo che lo stesso non fosse stato presentato nel rispetto del termine di trenta giorni pacificamente applicabile alle impugnative delle procedure di gara, in quanto l'ultimo atto impugnato era il rigetto della richiesta di riesame del 10 luglio 2020,

comunque non idoneo a spostare in avanti la decorrenza del termine decadenziale trattandosi di un atto meramente confermativo.

Secondo l'appellante, tale assunto sarebbe infondato, in quanto si pretenderebbe di imporre i termini decadenziali di cui all'art. 120 c.p.a. ad un procedimento giustiziale e straordinario, quale è il ricorso al Capo dello Stato. Inoltre, il rigetto della richiesta di riesame del 10 luglio 2020 non potrebbe essere considerato una mera conferma dell'atto di esclusione originario, esprimendo chiaramente il riesercizio del potere discrezionale di rivalutazione della situazione di fatto e di diritto, a nulla rilevando che lo stesso esiti nel rigetto dell'istanza proposta dalla ricorrente.

7. Le critiche sono infondate e vanno respinte, per i principi di seguito enunciati.

7.1. In materia di pubblici affidamenti, il rimedio giurisdizionale avverso gli atti illegittimi facenti parte delle relative procedure è unico, e si riduce al solo ricorso al Tribunale amministrativo regionale competente, con esclusione, quindi, del ricorso straordinario al Capo dello Stato.

L'art. 120 c.p.a. rubricato 'disposizioni specifiche ai giudizi di cui all'art. 119 comma 1, lett. a)' si applica alle controversie aventi ad oggetto gli atti delle procedure di affidamento, comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico – amministrative relativamente a pubblici lavori, servizi o forniture dinanzi al giudice amministrativo. Si occupa, altresì, dell'eventuale proposizione dei c.d. motivi aggiunti e del procedimento che un giudice deve seguire per poter emettere una sentenza con la quale definire una controversia.

Ai sensi dell'art. 120, comma 1, del c.p.a., *“Gli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico – amministrative ad esse connesse, relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente”*.

La norma, che esclude la proponibilità del ricorso straordinario nel contenzioso sui pubblici appalti, è stata inserita nell'art. 245, comma 1, del d.lgs. 20 marzo 2010, n. 163, per effetto della sostituzione operata dall'art. 8, comma 1, lett. b) del d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53.

Questo Consiglio, nel parere reso sullo schema del d.lgs. n. 53 del 2010, ha evidenziato che la scelta di escludere il ricorso straordinario è 'coerente con l'accentuata specialità che connota il nuovo rito in materia di appalti' (Cons. Stato, commissione speciale, 1 febbraio 2010 n. 368).

Le esigenze di una tutela assicurata in tempi rapidi (proprie del rito) non sarebbero, infatti, compatibili con la possibilità, per l'interessato, di attivare un contenzioso dopo centoventi giorni dall'emanazione dei provvedimenti impugnati; con ulteriore allungamento dei tempi nell'ipotesi di istanza di trasposizione proposta dall'amministrazione appaltante o dai controinteressati.

In questo senso si è espressa la giurisprudenza amministrativa, precisando che, in base all'art. 120, è preclusa la possibilità di impugnare gli atti delle procedure di affidamento di contratti pubblici con gli strumenti della tutela giustiziale (incluso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica). Tale esclusione è motivata anche per la complessiva *ratio* che sorregge la disciplina dettata dal codice del processo amministrativo per tale tipo di controversie, cadenzata da tempi processuali serrati e stringenti, il cui rispetto sarebbe certamente pregiudicato dallo svolgimento di una fase contenziosa da svolgersi davanti all'amministrazione; pertanto, in tale tipo di controversie, l'eventuale proposizione di ricorsi amministrativi non determina la sospensione del termine per proporre ricorso giurisdizionale. E' stato, infatti, chiarito che: *“Non vi sono dubbi circa l'esistenza della preclusione, espressamente prevista dalla disciplina del c.d. rito appalti, ed appare altrettanto chiaro che la conseguente inammissibilità del ricorso straordinario deve riverberarsi sulla sua eventuale trasposizione in sede giurisdizionale, in quanto in caso contrario si vanificherebbe la stessa ratio di una disciplina processuale speciale accelerata volta a garantire una rapida conclusione delle procedure di affidamento dei contratti pubblici”*(Cons. Stato, n. 6237 del 2018).

Secondo l'indirizzo condiviso dalla giurisprudenza amministrativa, a tale conclusione si perviene in via ermeneutica già dalla lettura del primo comma dell'art. 120, il quale prevede che il ricorso al T.A.R. competente costituisca l'unico mezzo di impugnazione attribuito alle parti per ricorrere avverso gli atti delle procedure di affidamento, come emerge dall'utilizzo dell'enunciato linguistico “unicamente”.

Converge in tal senso l'univoco orientamento di questo Consiglio, secondo cui: *“sono soggetti al c.d. rito appalti, ovvero al giudizio ordinario di legittimità che si svolge davanti al giudice amministrativo, e che ha ad oggetto la complessa attività della pubblica amministrazione finalizzata alla conclusione di contratti, gli ‘atti delle procedure di affidamento’ relative a ‘pubblici lavori, servizi o forniture’ (comma 1 dell’art. 120 c.p.a., sopra citato). In termini analoghi si esprime l’art. 119, comma 1, lett. a), c.p.a., attraverso l’impiego dell’espressione ‘procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture’(...) entrambe le formule normative hanno carattere generale, sono in altri termini riferite a tutti gli atti che si collocano nella fase c.d. pubblicistica di selezione del contraente privato e che precedono la stipula del contratto”*(Cons. Stato, n. 2444 del 2017)

In ipotesi di esclusione dalla procedura di affidamento, ai sensi dell'art. 120 comma 2 bis c.p.a., la società esclusa è tenuta ad impugnare il provvedimento di esclusione entro il termine di trenta giorni, che decorre dalla comunicazione del provvedimento motivato (art. 29 d.lg. n. 50 del 2016)

da parte della stazione appaltante. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale.

7.2. Ciò premesso, l'appellante ha presentato ricorso straordinario al Capo dello Stato, notificato il 30.9.2020, (anche) avverso i provvedimenti comunicati il 3 giugno 2020 relativi all'esclusione e all'aggiudicazione della gara.

A seguito di opposizione dell'Avvocatura dello Stato, proposta ai sensi dell'art. 10 del d.P.R. n. 1199/1971, il gravame è stato trasposto in sede giurisdizionale con atto notificato il 27 dicembre 2020.

L'art. 10, comma primo, primo periodo, del d.P.R. n. 1199/1971 riconosce ai controinteressati la possibilità di chiedere, mediante opposizione, la così detta trasposizione giurisdizionale del ricorso, ossia che il ricorso sia deciso in sede giurisdizionale. La *ratio* dell'istituto è quella di garantire ai soggetti coinvolti nel procedimento che consegue alla proposizione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica di scegliere la sede che ritengono più idonea per la trattazione della controversia.

Una volta trasposto, il giudizio segue in sede giurisdizionale (art. 10, comma primo, secondo periodo, del d.P.R. n. 1199/1971). Va evidenziato che alla fine del secondo periodo del comma primo dell'art. 10 cit. viene testualmente detto che "*il giudizio segue in sede giurisdizionale*", sicché la norma non si limita a parlare di procedimento; la sede giurisdizionale, infatti, costituisce la prosecuzione di un'unica fase processuale (iniziata in via straordinaria).

La trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario costituisce (nella forma e nella sostanza) una riassunzione dell'originario ricorso straordinario, rispetto al quale l'atto depositato presso il giudice amministrativo non può contenere motivi diversi, e l'atto di trasposizione non sana i vizi originari del ricorso straordinario.

Come è noto, per il principio generale della *traslatio iudicii*, allorquando viene declinata la giurisdizione e affermata quella di un altro giudice, il processo può proseguire innanzi al giudice fornito di giurisdizione e rimangono salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda davanti al giudice giurisdizionalmente incompetente.

Nella fattispecie, il vizio originario è stato determinato dal rito applicato (secondo quanto dispone l'art. 120 c.p.a.) e conseguentemente dal mancato rispetto dei termini decadenziali previsti dal legislatore per l'impugnazione dei provvedimenti di esclusione.

7.3. Da siffatti rilievi consegue che il ricorso amministrativo proposto dall'appellante non è idoneo a rispettare il termine decadenziale di trenta giorni (art. 120, comma 5, c.p.a.) per impugnare gli atti

di gara tra i quali sono compresi quelli qui gravati, come correttamente posto in evidenza dal giudice di prima istanza. Infatti, anche laddove si dovesse ritenere come primo atto utile il ricorso straordinario proposto al Capo dello Stato (e non il ricorso giurisdizionale notificato il 27.12.2021), lo stesso è stato presentato in data 30 settembre 2020, oltre il termine decadenziale sopra indicato, atteso che i decreti di esclusione e di aggiudicazione (decreti prot. n. 39615 e n. 39582) sono stati comunicati alla società appellante in data 3 giugno 2020.

Ai fini del *dies a quo* per il decorso del termine, va condivisa la precisazione illustrata in sentenza dall'adito Tribunale secondo cui il provvedimento di rigetto della richiesta di riesame del 10 luglio 2020, è un atto confermativo della deliberazione di esclusione già comunicata dalla stazione appaltante, non idoneo a spostare il termine di impugnazione degli atti precedenti.

In tale diniego non è ravvisabile alcun aspetto di autonoma lesività, atteso che l'atto difetta di una complessiva rivalutazione delle posizioni coinvolte nel procedimento, con la conseguenza che il rigetto dell'istanza di riesame deve ritenersi un atto meramente confermativo che non riapre i termini decadenziali per l'impugnativa degli atti amministrativi di cui il ricorrente denuncia l'illegittimità.

8. Con il terzo motivo, la società appellante ha censurato la sentenza nella parte in cui ha ritenuto inammissibile, oltre che tardiva, l'impugnazione della segnalazione all'ANAC ai sensi dell'art. 80, comma 12, d.lgs. n. 50 del 2016, atteso che tale provvedimento risulta un atto prodromico ed endoprocedimentale, non dotato di autonoma lesività, sicchè gli eventuali vizi possono essere fatti valere solo in via derivata, impugnando il provvedimento finale dell'Autorità di Vigilanza.

Secondo l'appellante non può negarsi l'impugnabilità, anche in via autonoma, della segnalazione all'ANAC ai sensi dell'art. 80, comma 12, cit., da parte della società esclusa ed illegittimamente segnalata.

8.1. Il motivo non è fondato. La giurisprudenza di questo Consiglio ritiene inammissibile l'impugnazione di una segnalazione che assuma, come nella specie, valore solo prodromico ed endoprocedimentale. Si è, infatti, in più occasioni chiarito che la segnalazione ad ANAC è un "*atto prodromico ed endoprocedimentale e, come tale, non impugnabile, poiché esso non è dotato di autonoma lesività, potendo essere fatti valere eventuali suoi vizi, unicamente in via derivata, impugnando il provvedimento finale dell'Autorità di vigilanza, unico atto avente natura provvedimento e carattere autoritativo*" (Cons. Stato, Sez. VI, 20 novembre 2017, n. 5331).

9. In definitiva, l'appello deve essere respinto. Le questioni vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati esaminati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c.. Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati, infatti, ritenuti dal Collegio non

rilevanti ai fini della decisione e, comunque, inidonei a supportare una conclusione di segno diverso.

Le spese del presente giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte soccombente al pagamento delle spese del grado di giudizio, che liquida in complessivi euro 5000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Annamaria Fasano

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO