

## **Decorso dei termini per impugnare e rito super-accelerato in materia di appalti pubblici (T.A.R. Puglia, sez. I, sent. 10 ottobre 2019, n. 1546)**

Secondo i giudici salentini, la previsione di cui al comma 5 dell'art. 1 del D.L. 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. decreto Sblocca cantieri), in forza della quale "le disposizioni di cui al comma 4 (che ha abrogato il rito superaccelerato in materia di appalti) si applicano ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto" deve essere interpretata nel senso di ritenere che si applicano ai processi relativi a provvedimenti di ammissione che siano intervenuti successivamente alla data di entrata in vigore del provvedimento d'urgenza. Gli articoli 29, comma 1 del Codice dei contratti e 120, comma 2 bis, c.p.a., sull'impugnativa dei provvedimenti di ammissione o esclusione dalla gara d'appalto, devono essere interpretati in senso garantista, ancorando la decorrenza del termine di impugnazione a situazioni di effettiva, concreta e completa conoscibilità della documentazione utile. Pertanto, la pubblicazione delle ammissioni e delle esclusioni deve contenere anche l'accessibilità ai relativi atti (e motivazioni), ciò affinché la tutela giurisdizionale possa essere compiutamente esercitata, non essendo sufficiente a far decorrere il termine di impugnativa la mera elencazione di offerenti ammessi senza ulteriori chiarimenti.

\*\*\*

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

ha pronunciato la presente

SENTENZA

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Prima

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 843 del 2019, proposto da Cisa S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati

Luigi Quinto, Pietro Quinto, Francesco Scardia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Pietro Quinto in Lecce, via Giuseppe Garibaldi 43;

*contro*

Commissario Straordinario per Interventi di Bonifica urgenti di bonifica ambientalizzazione e riqualificazione di Taranto, Ministero dell'Ambiente della Tutela del Territorio e del Mare, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura dello Stato, domiciliataria ex lege in Lecce, piazza S. Oronzo;

*nei confronti*

Tecnobuilding S.r.l., S & C Costruzioni S.r.l., Impresa Parisi - Scavi e Costruzioni di Parisi Angelo, Impresa Ottomano Ing. Carmine S.r.l., Ditta Cassalia Domenico, La.Re.Fin. S.r.l., M.A.D. S.r.l. non costituiti in giudizio;

Co.Ge.A. Impresit S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Bifulco, Ermanno Santoro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ditta Individuale Fornaro Vincenzo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Misserini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Agnese Caprioli in Lecce, via Scarambone 56;

*per l'annullamento*

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del decreto del Commissario Straordinario per gli interventi urgenti di bonifica, ambientalizzazione e riqualificazione di Taranto n. 115 del 14/5/2019, comunicato a mezzo pec il 20/5 successivo, con cui sono stati aggiudicati in via definitiva all'ATI CO.GE.A. Impresit i lavori di bonifica delle aree non pavimentate del Cimitero San Brunone in Taranto (CIG 768023064);
- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale, ivi compresi, nei limiti dell'interesse, i verbali di gara ed il provvedimento di ammissione al prosieguo della gara per la valutazione dell'offerta tecnica ed economica, nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione della prima e della seconda classificata per difetto dei requisiti di partecipazione e per falsa dichiarazione;
- del contratto di appalto ove nelle more stipulato e con espressa istanza di subentro.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da CO.GE.A. IMPRESIT S.R.L. il 15\7\2019:

- degli atti e delle determinazioni assunte dalla Stazione appaltante, con espressa limitazione alla parte in cui è stato disposto: a. all'esito della valutazione dell'offerta tecnica, il superamento da parte della CISA spa della prevista soglia di sbarramento e la conseguente ammissione del concorrente alla successiva fase di apertura e valutazione dell'offerta tempo e dell'offerta economica, ed in particolare tutti i verbali delle riunioni, in seduta riservata, della commissione giudicatrice; e segnatamente del verbale n. 1 del 04.02.2019 nella parte in cui la stessa commissione si è determinata nel ritenere ammissibile e conforme alle prescrizioni della regolamentazione di gara l'offerta tecnica della ricorrente principale con specifico riguardo ai criteri di ponderazione: a1) "P2 soluzioni migliorative architettoniche", laddove la ricorrente principale ha introdotto soluzioni non immediatamente eseguibili in quanto condizionate dalla preventiva approvazione della competente Soprintendenza; a2) "P5 Specializzazione del responsabile tecnico di cantiere", laddove la ricorrente principale ha individuato un soggetto (diverso da proprio direttore tecnico) sprovvisto della abilitazione professionale prevista dalla *lex specialis*; a3) "P8 Organizzazione dei mezzi e del personale"

infiato dalla presenza nell'organigramma del direttore di cantiere sprovvisto della abilitazione professionale richiesta dalla *lex specialis*; b. la correttezza e l'ammissibilità dell'offerta economica della ricorrente principale CISA, nonostante l'incompletezza causata dalle carenze della prescritta "Lista Lavorazioni", la quale non contempla – né tantomeno quantifica – tutte le lavorazioni oggetto dell'offerta tecnica presentata dalla ricorrente con particolare riguardo al verbale di gara n. 8 del 19.4.2019, in seduta pubblica, nella parte in cui la Commissione, nonostante l'espressa sanzione espulsiva, ha ritenuto ammissibile l'offerta economica presentata dalla CISA attribuendole il relativo punteggio;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, sempre con espressa limitazione alla parte dispositiva relativa alla decisione di ritenere ammissibile l'offerta presentata dalla CISA;

- in parte qua e ove occorra, degli atti indittivi della gara qualora non dovessero prevedere l'espressa sanzione espulsiva per le suesposte carenze dell'offerta presentata dalla controinteressata.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 settembre 2019 la dott.ssa Francesca Ferrazzoli e uditi per le parti i difensori come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Il Commissario straordinario per la bonifica, ambientalizzazione e riqualificazione di Taranto ha bandito una gara per la realizzazione "Dell'intervento di bonifica delle aree non pavimentate del cimitero San Brunome" nel Comune di Taranto, da aggiudicarsi ai sensi dell'art. 60 dlgs n. 50/2016 secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ponendo un importo a base di gara di € 6.127.022,20.

In data 28 gennaio 2019 è stato pubblicato sul sito istituzionale dell'Ente il Decreto di approvazione del verbale del seggio di gara n. 1 dell'8 gennaio 2019 e n. 2 del 9 gennaio 2019 con il quale sono stati ammessi tutti i concorrenti.

La Commissione ha quindi proceduto all'esame delle offerte economiche pervenute ed ha formulato la proposta di aggiudicazione all'ATI CO.GE.A. Impresit, collocando al secondo posto della graduatoria l'ATI Fornaro Vincenzo ed al terzo la CISA, odierna esponente.

Con decreto del Commissario Straordinario del 14 maggio 2019 n. 115 - pubblicato sul sito istituzionale il 17 maggio 2019 e comunicato a mezzo pec il successivo 20 maggio - è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della prima classificata, nonché l'esecuzione del contratto in via anticipata ai sensi dell'art. 32 comma 8 del D.Lgs. 50/2016.

La odierna esponente ha presentato formale istanza di accesso agli atti della procedura ed alle offerte delle prime due classificate il giorno stesso in cui ha ricevuto la comunicazione del predetto decreto. All'esito dell'ostensione dei documenti richiesti, intervenuta il 13 giugno e completata il successivo 17 giugno, la CISA ha proposto ricorso avverso il menzionato decreto di aggiudicazione, notificato il 19 giugno 2019, formulando il seguente motivo di diritto: "Violazione e falsa applicazione dell'art. 80,

comma 5 lett. m); violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. f bis); violazione della par condicio e del principio di segretezza delle offerte".

Nello specifico, l'esponente ha lamentato la violazione del divieto di collegamento e degli obblighi dichiarativi, atteso *"il conclamato rapporto parentale che intreccia le tre compagini – che formano le ATI classificatesi al primo ed al secondo posto n.d.r. - a livello di organi di vertice, di rappresentanza e societari"*.

La ricorrente ha concluso chiedendo l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, del provvedimento gravato nonché del contratto di appalto ove nelle more stipulato, formulando espressa istanza di subentro.

Si sono costituiti Il Commissario straordinario per gli interventi urgenti di bonifica, ambientalizzazione e riqualificazione di Taranto e le controinteressate CO.GE.A Impresit s.r.l. e Ditta Fornaro Vincenzo, che hanno eccepito in via preliminare l'irricevibilità e/o inammissibilità del ricorso in esame per tardività della notifica, avvenuta in violazione dell'art. 120 commi 2 bis e 6 bis C.P.A. e, nel merito, l'infondatezza dello stesso, concludendo per la reiezione della domanda.

Il successivo 15 luglio 2019, la CO.GE.A. Impresit s.r.l. ha notificando ricorso incidentale formulando i seguenti motivi di diritto:

- *"Sulla mancata esclusione del ricorrente principale per inidoneità dell'offerta tecnica. Manifesta illogicità ed irragionevolezza; Carenza motivazionale e travisamento dei fatti; Errore nei presupposti di fatto e presupposti falsi ed inverosimili; Difetto di istruttoria; Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del d.lgs 50/2016; Violazione e falsa applicazione del D.P.R. 328/2001; Violazione e falsa applicazione della lex specialis; Eccesso di potere in tutte le sue forme sintomatiche – Arbitrarietà, Travisamento, Disparità"*;

- *"Sulla mancata esclusione del ricorrente principale per irregolarità dell'offerta economica. Violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e 95 del d.lgs. n. 50 del 2016 Violazione e falsa applicazione dell'art. 15 del disciplinare di gara - Eccesso di potere per manifesta illogicità ed irragionevolezza - Difetto di istruttoria"*.

Il ricorrente incidentale ha concluso chiedendo l'annullamento delle determinazioni della Stazione appaltante *in parte qua*.

Rilevato che, nella camera di consiglio del 17 luglio 2019, la parte ricorrente ha dichiarato di rinunciare ai termini a difesa in relazione al predetto ricorso incidentale, il Collegio, con ordinanza n. 435/2019, ha disposto la sospensione dei provvedimenti gravati, *"in considerazione della natura del pregiudizio dedotto e dell'opportunità di consentire al Tribunale, nel merito, una decisione re adhuc integra della causa, e comunque richiedendo le questioni poste con il ricorso ulteriori approfondimenti"*.

All'udienza del 25 settembre 2019 la causa è stata introitata per la decisione.

2. Preliminarmente osserva il Collegio che la Corte di Giustizia U.E., sez. X, con sentenza del 5 settembre 2019 (causa C-333/18) ha risolto la questione rimessa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con ordinanza 11 maggio 2018, n. 6, relativa al rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, affermando che la normativa europea in materia di appalti pubblici deve essere interpretata nel senso che essa osta a che un ricorso principale inteso a ottenere l'esclusione di un altro offerente, proposto da un concorrente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che affermi di essere leso da una violazione del diritto dell'Unione, venga dichiarato inammissibile in base al diritto nazionale, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi.

Conseguentemente, atteso il carattere non escludente del ricorso incidentale proposto dalla CO.GE.A. Impresit, verranno scrutinati entrambi i ricorsi.

3. Tanto premesso, per ragioni logico sistematiche si ritiene di procedere con l'esame del ricorso principale e, in via preliminare, dell'eccezione di irricevibilità e/o inammissibilità sollevata dalle resistenti.

Sul punto, vale subito rilevare che la *res iudicanda* resta tuttora disciplinata, in ossequio al principio *tempus regit actum*, dall'art. 120 comma 2 bis del c.p.a., sebbene abrogato dall'art. 1, comma 4, del D.L. 18 aprile 2019, n. 32.

Invero, la previsione di cui al successivo comma 5 in forza della quale *“Le disposizioni di cui al comma 4 si applicano ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto”* deve essere interpretata nel senso di ritenere che si applicano ai processi relativi a provvedimenti di ammissione che siano intervenuti successivamente alla data di entrata in vigore del provvedimento d'urgenza.

Diversamente opinando, verrebbero violati i principi di irretroattività delle norme transitorie (in tal senso SS.UU. nn.9341, 9284 e 9285 del 2016) e di certezza del diritto.

Nella fattispecie in esame, la gara è stata bandita in data 5 ottobre 2018 e il decreto di ammissione dei concorrenti alla procedura di affidamento è stato pubblicato in data 28 gennaio 2019, mentre il D.L. 32/2019 è entrato in vigore solamente il 19 aprile 2019 quindi quasi tre mesi dopo l'adozione del provvedimento in esame.

Ritiene, quindi, il Collegio, che debba trovare applicazione nella fattispecie in esame, *ratione temporis*, la disciplina previgente al predetto D.L. n. 32/2019.

Orbene, l'art. 120 comma 2-bis del C.P.A., prevedeva che: *“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 adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. E' altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività”*.

L'art. 29 del Codice Contratti prescriveva, al comma 1, che *“Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5, alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione “Amministrazione trasparente”, con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali. Entro il medesimo termine di due giorni è dato avviso ai candidati e ai concorrenti ... 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”.*

In questo contesto normativo, parte della giurisprudenza si è espressa nel senso di ritenere che la decorrenza del termine per la proposizione del ricorso ex art. 120, comma 2-bis, c.p.a. è ancorato alla pubblicazione del provvedimento recante le ammissioni/esclusioni, e non alla comunicazione individuale di quest'ultimo ai concorrenti (C. di St. n. 2045/2018; C. di St. n. 2176/2018).

Secondo diverso orientamento, è invece necessaria la piena conoscenza dell'atto di ammissione del controinteressato, acquisita prima o in assenza della sua pubblicazione sul profilo telematico della stazione appaltante, può provenire da qualsiasi fonte e determina la decorrenza del termine decadenziale per la proposizione del ricorso.

In particolare, il Consiglio di Stato ha affermato che *“sebbene il comma 2-bis dell’art. 120 cod. proc. amm., inserito dall’art. 204, comma 1, lett. b), d.lg. n. 50/2016 (a decorrere dal 19 aprile 2016, ai sensi di quanto disposto dall’art. 220 d.lg. n. 50/2016), nella disciplina del c.d. rito super-speciale previsto per l’impugnazione degli atti di esclusione e di ammissione (d) alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, faccia riferimento, ai fini della decorrenza dell’ivi previsto termine d’impugnazione di trenta giorni, esclusivamente alla pubblicazione del provvedimento di ammissione o esclusione sul profilo telematico della stazione appaltante ai sensi dell’art. 29, comma 1, d.lg. n. 50/2016, ciò non implica l’inapplicabilità del generale principio sancito dall’art. 41, comma 2, cod. proc. amm. e riaffermato nel comma 5, ultima parte, dell’art. 120 cod. proc. amm., per cui, in difetto della formale comunicazione dell’atto, il termine decorre dal momento dell’avvenuta conoscenza dell’atto stesso, purché siano percepibili i profili che ne rendano evidente la lesività per la sfera giuridica dell’interessato in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall’ordinamento processuale. In altri termini, in difetto di un’espressa e univoca correlativa espressa previsione legislativa a valenza derogatoria e in assenza di un rapporto di incompatibilità, deve escludersi che il comma 2-bis dell’art. 120 cod. proc. amm. abbia apportato una deroga all’art. 41, comma 2, cod. proc. amm. e al principio generale della decorrenza del termine di impugnazione dalla conoscenza completa dell’atto”* (C.di St. 5870/2017).

Sul tema è intervenuta la Corte di Giustizia Ue (cfr. ordinanza del 14 febbraio 2019, C- 54/18) che ha premesso che l'obiettivo posto dall'art. 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665 - che è quello di garantire ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici - può essere conseguito soltanto se i termini prescritti per proporre siffatti ricorsi iniziano a decorrere dalla data in cui il ricorrente abbia avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza dell'asserita violazione di dette disposizioni. Da tale premessa, il Giudice eurounitario ha fatto conseguire che una normativa nazionale, quale il comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a. è compatibile con la direttiva 89/665 solo a condizione che i provvedimenti in tal modo comunicati siano accompagnati da una relazione sui motivi pertinenti, tale da garantire che i suddetti interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza della violazione del diritto dell'Unione dagli stessi lamentata. Ha, inoltre, rilevato che l'efficacia del controllo giurisdizionale garantito dall'art. 47 della Carta presuppone che l'interessato possa conoscere la motivazione su cui si fonda la decisione adottata nei suoi confronti, vuoi in base alla lettura della decisione stessa vuoi a seguito di comunicazione della motivazione effettuata su sua richiesta, al fine di consentirgli di difendere i suoi diritti nelle migliori condizioni possibili e di decidere, con piena cognizione di causa, se gli sia utile adire il giudice competente, nonché per porre pienamente in grado quest'ultimo di esercitare il controllo sulla

legittimità della decisione nazionale in questione (sentenze del 15 ottobre 1987, Heylens e a., 222/86, EU:C:1987:442, punto 15, nonché del 4 giugno 2013, ZZ, C 300/11, EU:C:2013:363, punto 53).

Orbene, il Collegio ritiene, nell'esegesi della disciplina di settore, di privilegiare una lettura più garantista del suindicato assetto normativo, ancorando la decorrenza del termine di impugnazione a situazioni di effettiva, concreta e completa conoscibilità della documentazione utile. Pertanto, la pubblicazione delle ammissioni e delle esclusioni deve contenere anche l'accessibilità ai relativi atti (e motivazioni), ciò affinché la tutela giurisdizionale possa essere compiutamente esercitata, non essendo sufficiente a far decorrere il termine di impugnativa la mera elencazione di offerenti ammessi senza ulteriori chiarimenti (C. di St. n. 4025/2019, n. 1753/2019). Né tale principio patisce eccezione per il solo fatto che l'operatore non abbia esercitato la facoltà di presentare un'istanza di accesso, o la eserciti avuta conoscenza dell'aggiudicazione, dal momento che la peculiarità della disciplina di settore mal si coniuga con il tradizionale orientamento secondo cui è affidato alla diligenza del singolo interessato l'onere di attivarsi tempestivamente, una volta acquisita la conoscenza di un provvedimento lesivo, per conoscere tutte le ulteriori circostanze poste a fondamento del medesimo, che ritenga necessarie allo scopo di esercitare compiutamente il proprio diritto di impugnazione e difesa (cfr. C. di St. n. 4025/2019, n. 726/2018).

Sul punto, i giudici di Palazzo Spada hanno affermato che *“la previsione di cui all'articolo 120, comma 2-bis presenta già di per sé alcuni profili di criticità in quanto individua in capo ai partecipanti alle pubbliche gare un interesse all'impugnativa di stampo eminentemente processuale a fronte di un atto (l'ammissione di un concorrente) di per sé idoneo a determinare nella sfera giuridica del concorrente un pregiudizio naturaliter dotato dei caratteri della concretezza e dell'attualità. È piuttosto evidente che, attraverso la vera e propria fictio di lesività che ispira la disposizione in parola il legislatore abbia inteso rinvenire un delicato (e non ulteriormente superabile) punto di equilibrio fra - da un lato - l'esigenza di accelerare processi di notevole interesse economico e di fornire pronta certezza in tale importante settore e - dall'altro - quello di non comprimere oltre misura i canoni fondamentali della pienezza ed effettività della tutela giudiziale. Ma se la disposizione appena richiamata rappresenta di per sé un delicato punto di equilibrio fra valori potenzialmente antinomici (peraltro, con la fissazione di un termine di impugnativa estremamente ridotto e di per sé idoneo a rendere ulteriormente difficile l'adeguata difesa in giudizio) e se è lo stesso Legislatore ad avere imposto a carico delle stazioni appaltanti - quale evidente contraltare sistematico - l'obbligo di porre tempestivamente a disposizione dei concorrenti la documentazione a supporto delle disposte ammissioni, ne consegue che non possa aderirsi ad una lettura che ponga ulteriormente a carico dei concorrenti oneri di carattere procedimentale o processuale al fine di attingere uno strumento di tutela già di per sé connotato da evidenti criticità. Un ulteriore argomento di carattere sistematico a sostegno della tesi sin qui esposta rinviene dal generale dovere di leale collaborazione che grava in capo all'amministrazione (in quanto operatore professionale qualificato) anche in virtù di un'espressa previsione di legge e dall'evidente iniquità che emergerebbe se si aderisse alla tesi secondo cui la violazione da parte della stazione appaltante di un puntuale obbligo legale di allegazione invece di risolversi in danno della stessa, si risolvesse invece in danno del concorrente, gravandolo di oneri aggiuntivi quale quello di attivarsi per ottenere l'accesso a quegli stessi atti che l'amministrazione avrebbe dovuto porre a sua disposizione, subendo - in carenza di ciò - gli effetti dannosi del decorso del termine per l'impugnativa. È evidente al riguardo che, laddove si aderisse a tale impostazione, si determinerebbe un costrutto sistematico e applicativo apertamente contrastante con il tradizionale principio nemo auditur suam turpitudinem allegans”* (C. di St. n. 4025/2019; n. 699/2019).

Passando all'esame della fattispecie concreta, per poter stabilire se il ricorso in esame è tempestivo o meno, occorre preliminarmente richiamare gli elementi di fatto mutuabili dalle acquisizioni processuali, dalle quali risulta acclarato in particolare che: la stazione appaltante ha pubblicato il decreto di ammissione sul sito istituzionale della Stazione appaltante in data, 28 gennaio 2019; pur pubblicando detto provvedimento, ha ommesso di darne comunicazione agli interessati ed ha mancato, altresì, di rendere disponibili i documenti esaminati ed i verbali di gara, limitandosi a dare atto dei concorrenti ammessi; la detta statuizione non è stata fatta oggetto di gravame nel prescritto termine di 30 gg; ulteriori informazioni sono state acquisite dalla ricorrente attraverso la coltivazione di una formale richiesta di ostensione degli atti che risulta avanzata il 20 maggio 2019 (data in cui è stato comunicato il provvedimento di aggiudicazione); gli atti sono stati messi a disposizione della istante in parte in data 13 giugno e ed in parte il successivo 17 giugno; il giudizio è stato introdotto in data 19 giugno.

Precipitato dei principi giurisprudenziali sopra illustrati, è la tempestività del ricorso in esame, atteso che il *dies a quo* da cui far decorrere i termini per l'impugnazione deve coincidere con quello in cui l'esponente ha avuto concreta e completa conoscenza della documentazione utile.

Invero, la ricorrente ha avuto piena cognizione della documentazione utile solamente a seguito dell'ostensione degli atti di gara, completata in data 17 giugno 2019, ed ha notificato l'atto introduttivo del presente giudizio il successivo 20 giugno, nel rispetto dei termini di cui all'art. 120 comma 2 bis c.p.a.

Tanto basta ai fini della declaratoria di ammissibilità del ricorso proposto dalla CISA s.p.a.

4. Si procede, quindi, con la disamina delle censure di merito.

Con l'unico motivo, il ricorrente deduce la violazione del divieto di collegamento e degli obblighi dichiarativi di cui all'art. 80, comma 5 lett. m) e lett. f bis) D.Lgs. n. 50/2016, atteso "*il conclamato rapporto parentale che intreccia le tre compagini – che formano le ATI classificatesi al primo ed al secondo posto n.d.r. - a livello di organi di vertice, di rappresentanza e societari*".

Rappresenta in particolare che: la S&C Costruzioni srl il cui socio unico ed amministratore unico è la sig.ra Marazia Francesca fa parte dell'ATI prima classificata; la Ditta individuale Fornaro Vincenzo - partecipata ed amministrata dall'omonimo titolare – e la M.A.D. srl - partecipata al 50% ciascuno dai sig.ri Fornaro Massimiliano e Fornaro Patrizio Dario, germani tra loro e con il predetto Fornaro Vincenzo – fanno parte dell'ATI secondo classificato; la sig.ra Marazia Francesca è madre dei germani Fornaro; Il sig. Fornaro Patrizio Dario è domiciliato in Taranto alla Via per Martina Franca Km 5.500, ove è collocata la residenza della madre; nella visura camerale della S&C è indicata come "*impresa di riferimento*" la società "*Impresa Vincenzo Fornaro srls*"; la visura della S&C riporta la sede dell'unità locale alla Via per Martina Franca 5950, Taranto, coincidente con la sede dell'unità locale della ditta Fornaro Vincenzo, nonché con la sede legale della M.A.D. srl; le tre società risultano in possesso di attestazione SOA e certificazione di qualità rilasciate dai medesimi organismi.

Secondo la prospettazione del ricorrente, tale rapporto parentale che intreccia le tre compagini a livello di organi di vertice, di rappresentanza e societari, già di per sé idoneo a determinare l'esclusione dei concorrenti per violazione dell'art. 80, comma 5 lett. m) D.Lgs. n. 50/2016, non sarebbe stato neppure dichiarato dalle predette concorrenti in sede di gara, come invece espressamente richiesto dal DGUE dagli stessi compilato ai fini della partecipazione ed in violazione dell'art. 80 comma 5 lett. f bis) del predetto D.Lgs.

Le resistenti premettono che *“il collegamento, quale fenomeno di natura meramente economico-funzionale tra imprese, è ex se neutro, sicché solo laddove vi sia unicità di centro decisionale, permanente o occasionale ma comunque perfezionato, in relazione alla singola gara è preciso dovere della Stazione appaltante procedere all'esclusione delle offerte”*. Deducono, quindi, che nessuna forma di controllo, formale o sostanziale che sia, sussisterebbe tra una delle imprese facenti parte dell'ATI classificatasi in seconda posizione con una delle imprese facenti parte dell'ATI individuata come aggiudicataria della commessa.

5. Le norme che trovano applicazione nei casi di specie sono sostanzialmente due:

- art. 80 comma 5 lett. m) del D. Lgs. 50/2016: prevede l'esclusione dell'operatore economico che *“si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale”*;

- art. 80 comma 5 lett. f bis) del D. Lgs. 50/2016: prevede l'esclusione dell'*“operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere”*.

6. Orbene, osserva il Collegio che, fino alla legge n. 166 del 2009 - che modificò l'art. 38 del D.Lgs n. 163/2006 - l'orientamento prevalente in giurisprudenza era nel senso che, nel caso di una situazione di collegamento sostanziale tra due o più imprese (come nel caso in esame), l'esclusione conseguiva all'accertamento della imputabilità ad un unico centro decisionale di cui occorreva fornire prova anche mediante ricorsi a indici indiziari purché gravi, precisi e concordanti, idonei comunque ad ingenerare il sospetto che l'intesa tra i partecipanti potesse pregiudicare l'imparzialità e la regolarità della gara. La legge n. 166 del 2009 stabilì che sono legittimamente esclusi i concorrenti che si trovino rispetto ad altro partecipante in una situazione di controllo ex art. 2359 c.c. o in qualsiasi relazione di fatto ove la stessa comporti che le offerte siano riconducibili ad un unico centro decisionale (la norma viene oggi sostanzialmente riprodotta nel nuovo testo recato dall'art. 80 d.lgs 50/2016). La novella normativa ha inteso conformare l'ordinamento interno ai principi comunitari che condizionano l'esclusione delle offerte ad una concreta verifica - caso per caso - dell'eventuale influenza sulle rispettive offerte, ed in particolare alla sentenza C.G.E. 19/5/2009, C-538/07, con la quale la Corte di Giustizia della Comunità europea ha stabilito che *“Il diritto comunitario osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara”*.

Questa pronuncia ha imposto la necessità di accertare in concreto se la situazione di controllo o collegamento abbia influito sul comportamento delle imprese in gara; ha posto a carico della stazione appaltante l'onere di verificare l'effettiva influenza sulla formulazione delle offerte; ha lasciato alle imprese la possibilità di dimostrare l'insussistenza di rischi e pregiudizi nello svolgimento della selezione. Segnatamente, la citata sentenza - che ha rappresentato la base per la riforma nazionale dello stesso anno - ha ritenuto incompatibile con i principi di diritto comunitario la previgente norma che vietava in modo assoluto la partecipazione alla medesima gara di imprese in relazione di controllo, considerando tale automatismo impeditivo della libera concorrenza e violativo del principio di proporzionalità. Nell'affermare l'inopportunità di comminare una

esclusione automatica sulla base di una presunzione di "inquinamento", tale sentenza ha imposto la necessità di accertare in concreto se la situazione di controllo o collegamento abbia influito sul comportamento delle imprese nella gara. Ciò significa porre in capo alla stazione appaltante l'onere di verificare l'effettiva influenza sulla formulazione delle offerte, lasciando alle imprese la possibilità di dimostrare l'insussistenza di rischi e pregiudizi nello svolgimento della selezione. Pur in presenza di un accordo tra i concorrenti, si richiede cioè la prova che il collegamento tra gli stessi sia idoneo a mettere in pericolo il bene tutelato dalla norma (in tal senso, *ex plurimis*: C. di St. 69/2019; TAR Lazio n. 795/2018).

Orbene, nella fattispecie in esame l'accertamento della sussistenza di un collegamento tra le imprese partecipanti e la valutazione in concreto dell'effettiva influenza della situazione di controllo o collegamento sul comportamento delle imprese nella gara non sono mai state effettuate, come si evince da una attenta lettura dei verbali e dei provvedimenti di gara, avendo le ATI concorrenti ommesso ogni comunicazione in tal senso.

Invero, come dichiarato dalla difesa dell'Amministrazione, *"la relazione di fatto sopra descritta tra i sig.ri Marazia, madre, ed i sig.ri Fornaro, figli, è emersa solo dall'esame dello stato civile compiuto dal ricorrente. Detto rapporto di parentela non è rilevabile né dal documento di gara unico europeo (DGUE) né dagli altri documenti amministrativi prodotti dai concorrenti ... il seggio di gara, dal controllo formale delle dichiarazioni sui requisiti, proprio della fase di ammissione alla gara, non era, quindi, in condizioni di evincere la presunta posizione di controllo di fatto sostenuta dal ricorrente"*.

In disparte ogni considerazione in ordine al se, nel caso concreto, la situazione di controllo o la relazione di fatto comporti che le offerte siano effettivamente imputabili ad un unico centro decisionale - circostanza che tuttavia sembrerebbe ricorrere, atteso che la comunanza degli organi di vertice fra le imprese partecipanti alla procedura selettiva per cui è causa costituisce elemento che, per la sua consistenza e gravità, può considerarsi idoneo e sufficiente, anche di per sé solo, a denunciare l'esistenza di una relazione di fatto tra i concorrenti interessati, tale da far ritenere che le rispettive offerte potessero provenire da un unico centro decisionale (con potenziale violazione dei principi di segretezza delle offerte e di par condicio fra i concorrenti) (si veda in tal senso: TAR Lazio n. 795/2018) – ritiene comunque il Collegio che sia stata violata la previsione di cui all'art. 80 comma 5 lett. f bis) D.Lgs. 50/2016.

Invero, come pacificamente ritenuto in giurisprudenza (da ultimo, TAR Milano n. n. 883/2019), nelle procedure di gara ad evidenza pubblica, preordinate all'affidamento di un appalto pubblico, l'omessa dichiarazione da parte del concorrente di tutte le fattispecie comprese nell' art. 80, co. 5 del D.Lgs. 50/2016, ne comporta l'esclusione dalla gara, essendo impedito alla stazione appaltante di valutare la gravità delle precedenti condotte.

Si osserva in proposito che *"L' art. 80, d.lgs. n. 50/2016 prevede cause di esclusione dalla gara, obbligatorie o facoltative, fondate sul presupposto che l'operatore economico non dichiari, o dichiari falsamente, alcune condizioni o presupposti specificamente indicati ai commi 1, 2, 4 e 5. La previsione delle cause di esclusione per mancata dichiarazione (o falsa dichiarazione) presuppone, dunque, l'emersione, in capo all'operatore economico, di determinati obblighi dichiarativi, il cui contenuto si definisce e si modella alla luce proprio delle citate cause di esclusione. Il legislatore pretende, dunque, dall'operatore economico che partecipa ad una gara pubblica una serie di informazioni per valutarne l'affidabilità morale e professionale. Si tratta di un'applicazione dei principi di buona fede e correttezza che da tempo sono entrati nel tessuto connettivo*

*dell'ordinamento giuridico e che fanno dell'obbligo di buona fede oggettiva un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica" (ex multis: TAR Milano n. 598/2019).*

L'omessa dichiarazione e la dichiarazione non veritiera sono sanzionate dal predetto art. 80 in linea generale, in quanto rilevano nella prospettiva dell'affidabilità del futuro contraente, a prescindere da considerazioni su fondatezza, gravità e pertinenza degli episodi non dichiarati. La sanzione della reticenza è funzionale all'affermazione dei principi di lealtà ed affidabilità, in una parola, della correttezza dell'aspirante contraente, che permea la procedura di formazione dei contratti pubblici ed i rapporti con la stazione appaltante, come indirettamente inferibile anche dall'art. 30, comma 1, del D.Lgs. n. 50 del 2016 (in tal senso: C. di St. n. 6529/2018).

Il concorrente ha, dunque, l'onere di dichiarare tutte le circostanze, anche solo astrattamente e/o potenzialmente idonee a configurare un'ipotesi di illecito professionale, al fine di consentire alla stazione appaltante, unica titolare del potere di valutazione, di compiere i necessari approfondimenti.

Applicando le norme e i principi giurisprudenziali alla fattispecie in esame, deve essere rilevato che il concorrente ha omesso di dichiarare che: la sig.ra Francesca Marazia è madre dei germani Fornaro; il sig. Fornaro Patrizio Dario è domiciliato in Taranto alla Via per Martina Franca Km 5.500, ove è collocata la residenza della madre; nella visura camerale della S&C è indicata come "impresa di riferimento" la società "Impresa Vincenzo Fornaro srls"; la visura camerale della S&C riporta la sede dell'unità locale alla Via per Martina Franca 5950, Taranto, coincidente con la sede dell'unità locale della ditta Fornaro Vincenzo, nonché con la sede legale della M.A.D. srl.

Trattasi di elementi di per sé idonei e sufficienti per ritenere provata la sussistenza di quella relazione di fatto che potrebbe di per sé determinare che le offerte siano effettivamente imputabili ad un unico centro decisionale e che avrebbe dovuto essere accertata in concreto dalla Stazione appaltante.

Detti elementi di fatto - di per sé idonei e sufficienti per ritenere provata la sussistenza di quella relazione di fatto che potrebbe determinare che le offerte siano effettivamente imputabili ad un unico centro decisionale - dovevano necessariamente essere portati alla conoscenza della Stazione appaltante, per permetterle di accertare in concreto se la sussistenza della situazione di controllo o di collegamento avesse influito sul comportamento delle imprese in gara, verificandone l'effettiva influenza sulla formulazione delle offerte, senza che il concorrente potesse in alcun modo filtrare selettivamente le informazioni da rendere in sede di gara oggettivamente rilevanti.

Peraltro, anche il DGUE, ai fini della partecipazione alla gara, prescriveva espressamente di dichiarare se il concorrente *"si trova rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale"*.

7. Per le ragioni sopra esposte, attesa l'omissione della dichiarazione di cui all'art. 80 comma 5 D.Lgs. 50/2016, il ricorso introduttivo del presente giudizio merita accoglimento.

Ne consegue l'annullamento degli atti impugnati.

8. Si procede con lo scrutinio del ricorso incidentale proposto dalla CO.GE.A. Impresit s.r.l. con atto notificato in data 15 luglio 2019.

Con il primo motivo, è stata censurata la mancata esclusione del ricorrente principale per inidoneità dell'offerta tecnica.

Lamenta l'aggiudicataria che l'ammissione della CISA sarebbe viziata da una travisata valutazione degli elementi dell'offerta tecnica, la cui erronea ponderazione avrebbe determinato l'apparente, ma non effettivo, superamento della soglia di sbarramento stabilita negli atti di gara.

In particolare, sarebbe stata *"travisata"* dalla Commissione la prevista la sostituzione della pavimentazione architettonica di progetto con una pavimentazione in pietra di Trani bocciardato, che introdurrebbe una soluzione migliorativa *"condizionata dal futuro ed incerto ottenimento della imprescindibile autorizzazione della competente Soprintendenza"*.

Parimenti non sarebbe stata correttamente valutata la *"specializzazione ed esperienza del direttore tecnico e del responsabile tecnico di cantiere"*, laddove l'ingegnere indicato da CISA sarebbe sprovvisto dell'abilitazione per assumere l'incarico assegnatogli.

Infine, la CO.GE.A. lamenta la illegittimità della valutazione dell'offerta tecnica di CISA con riferimento al criterio *"P8" "Organizzazione dei mezzi e del personale"*.

La censura è inammissibile oltre che infondata.

Rileva, innanzitutto, il Collegio che, secondo orientamento giurisprudenziale pacifico, nelle gare di appalto che prevedono il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte tecniche costituisce espressione di un'ampia discrezionalità tecnica, con conseguente insindacabilità nel merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla Commissione giudicatrice, ove non inficiate da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta; pertanto, laddove i criteri di valutazione si presentino dettagliati per ottenere una pronuncia del giudice amministrativo sulla loro legittima applicazione ad opera della Commissione di gara, occorre, viepiù evidenziarne la manifesta incongruità (TAR Lecce n. 187/2019; TAR Lazio 3331/2018; TAR Lazio 11322/2017; C. di St. 2602/2018; C. di St. 5145/2017).

Nel merito, la doglianza si palesa comunque infondata.

Con riguardo alla sostituzione della pavimentazione architettonica, il concorrente ha proposto di utilizzare un materiale di pregio, le lastre di Trani bocciardate, migliore di quello a base di gara, che il progettista ha già usato come rivestimento delle sedute nello stesso campo n.36, e per il quale la Soprintendenza ha già espresso proprio parere favorevole. Inoltre, la prescrizione della soprintendenza si riferisce al colore e alla natura dell'inerte da utilizzare (calcareo di colore chiaro) rispetto a quello indicato nel progetto esecutivo a base di gara (pavimentazione architettonica con ghiaia colorata a vista). Pertanto la commissione ha considerato la proposta della CISA (pavimentazione in pietra calcarea di trani bocciardata) equivalente a quella della prescrizione della soprintendenza sia nella natura *"calcareo"* sia nel colore *"chiaro"*.

In relazione alla *"specializzazione del direttore tecnico e del responsabile tecnico di cantiere"*, la Commissione ha ritenuto qualificato il Responsabile Tecnico individuato dall'Impresa in quanto il D.P.R. n. 207/2010 - Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, al comma 2 dell'art. 87 rubricato Direzione tecnica recita *"I soggetti ai quali viene affidato l'incarico di direttore tecnico sono dotati, per la qualificazione in categorie con classifica di importo pari o superiore alla IV, di laurea in ingegneria, in architettura, o altra equipollente, o di laurea breve o di diploma universitario in ingegneria o in architettura o equipollente, di diploma di perito industriale edile o di geometra; ..."*, senza alcun riferimento al Settore di iscrizione all'Albo di cui all'art. 46 del D.P.R. n.328/2001.

Infine, con riferimento al travisamento della valutazione dell'Organizzazione dei mezzi e del personale - che sarebbe inficiata dalla presenza nell'organigramma del direttore di cantiere sprovvisto della abilitazione professionale richiesta dalla *lex specialis*, la Commissione ha ritenuto qualificato il Responsabile Tecnico individuato dall'Impresa per le stesse motivazioni di cui al punto precedente.

La censura, conseguentemente, non può essere ritenuta meritevole di accoglimento.

9. Né può essere condiviso il secondo motivo, con il quale la ricorrente in via incidentale deduce che la ricorrente principale avrebbe violato le inequivoche prescrizioni degli atti indittivi, in quanto l'offerta economica della CISA risulterebbe non specularmente corrispondente al contenuto dell'offerta tecnica e, quindi, radicalmente incompleta.

Invero, si osserva che l'offerta economica della CISA è "*completa*" in quanto la "*lista delle lavorazioni*" fornita dalla stazione appaltante è stata presentata debitamente compilata, atteso che in calce alla stessa sono state indicate le lavorazioni significative aggiuntive, come previsto dal chiarimento n.4 della stazione appaltante.

Invero, le voci migliorative omesse dalla ricorrente principale nell'offerta economica, pur se puntualmente indicate nell'offerta tecnica, sono state ritenute dalla Commissione giudicatrice non essenziali in quanto non modificative/integrative del progetto esecutivo.

Conseguentemente, anche il secondo motivo del ricorso incidentale deve essere respinto.

10. Alla luce delle superiori considerazioni, il Collegio accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla i provvedimenti gravati.

Respinge altresì il ricorso incidentale perché infondato.

11. La natura della controversia giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Prima definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti: accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla i provvedimenti gravati; respinge il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Pasca, Presidente

Patrizia Moro, Consigliere

Francesca Ferrazzoli, Referendario, Estensore

