dirittifondamentali.it

Le stazioni appaltanti devono assegnare tempi sufficienti per consentire alle imprese straniere di elaborare e presentare le proprie offerte in gara
(T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, sent. 14 giugno 2021, n. 1930)

In ossequio al principio di concorrenza, per salvaguardare le opportunità di partecipazione in condizioni di equità con le imprese nazionali, le stazioni appaltanti devono predisporre il timing di gara assegnando termini ragionevolmente sufficienti, acché le imprese di altri Stati membri possano presentare una manifestazione d'interesse o un'offerta in tempi idonei a realizzare una valutazione pertinente e ad elaborare la loro offerta.

***

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 Sicilia
sezione staccata di Catania (Sezione Prima)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 264 del 2021, proposto da -OMISSIS-in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Angelico, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

- il -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Salvatore Virzì, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

- -OMISSIS-in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale del -OMISSIS- n. -OMISSIS-- Avviso bando di gara -trasporto -OMISSIS--OMISSIS-centro, pubblicato sul sito -OMISSIS-il -OMISSIS-;
- della determinazione dirigenziale n. -OMISSIS-, pubblicata su MEPA il -OMISSIS-.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del -OMISSIS-;
Visti gli atti tutti della causa;
Designato relatore il dott. Giuseppe La Greca;

Uditi nell'udienza pubblica del 27 maggio 2021, tenutasi in collegamento simultaneo da remoto (art. 25 d.l. n. 137 del 2020), i difensori delle parti come specificato nel verbale;
Rilevato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente - che rappresenta di essere operatore economico del settore e in possesso del requisito di partecipazione richiesto dal bando di gara in questione, *id est* l'iscrizione alla C.C.I.A.A. per l'attività di noleggio autobus con conducente - lamenta di non aver potuto partecipare alla procedura di gara aperta indetta dal -OMISSIS- resistente per l'esiguità del termine concesso per la presentazione delle offerte.
Precisa la ricorrente che la determinazione a contrarre n. -OMISSIS-, pubblicata dal -OMISSIS- il -OMISSIS-, demandava ad un successivo avviso pubblico (da pubblicare sul sito istituzionale comunale, sez. *news*) la fissazione del termine per la presentazione delle offerte ("DI STABILIRE che in relazione alle istanze presentate entro il termine previsto dall'apposito avviso pubblico ….." ,, "DI DISPORRE: …..- che un estratto del presente provvedimento sia pubblicato sulla home page del Sito Istituzionale del -OMISSIS-, Sezione news"); il predetto avviso, con allegato bando di gara, veniva pubblicato il -OMISSIS-, per estratto, sulla home page del sito istituzionale del -OMISSIS-, sezione news, indicando il "termine e luogo di ricezione offerte - ore 10.00 del 31/12/2020 - piattaforma telematica".
Aggiunge la società ricorrente che la stessa -OMISSIS-, pubblicata su MEPA il -OMISSIS-, fissava il termine iniziale di presentazione delle offerte il giorno prima dell'avviso pubblico, alle ore 13,30 del -OMISSIS-, e quello finale alle ore 10,00 del 31 dicembre 2020.
Con ricorso notificato in data 3 febbraio 2021 e depositato in data 17 febbraio 2021 la -OMISSIS- ha proposto le domande in epigrafe.
Si è costituito in giudizio il -OMISSIS- chiedendo di dichiarare l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione ad agire e/o di interesse.
All'udienza pubblica del giorno 27 maggio 2021, dopo la rituale discussione, su richiesta dei procuratori delle parti il ricorso è stato posto in decisione.
Il -OMISSIS- resistente, come sopra anticipato, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione ad agire e/o di interesse posto che in danno della società ricorrente, con sentenza Cons. Giust. Amm. Reg. Sic, sez. giur., -OMISSIS-, passata in giudicato, è stato accertato ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 un "illecito professionale" che ai sensi del comma 10-*bis* determina una "incapacità di contrattare con la Pubblica Amministrazione" della durata di 3 anni che decorrono dalla data di passaggio in giudicato della sentenza che ha accertato l'illecito professionale.
Aggiunge il -OMISSIS- resistente che i tre anni di "incapacità a contrarre" in questione decorrono dal 15 ottobre 2020 e andranno a scadere il 15 ottobre 2023, con la conseguenza che nell'arco di tale periodo la società ricorrente non può – secondo quanto esposto – partecipare a nessuna gara per assenza dei requisiti morali di partecipazione.
La parte ricorrente ha contrastato l'eccezione in esame argomentando, in sintesi, in ordine al già decorso termine massimo di 3 anni di durata interdittiva e che la citata sentenza C.G.A.R.S. n. -

OMISSIS-non è ancora passata in giudicato, essendo stata impugnata con ricorso per cassazione, pendente.

L'eccezione è infondata.

Il -OMISSIS- resistente sottopone al Collegio l'esame di una causa di esclusione "virtuale".

Invero, sussiste il potere/dovere della stazione appaltante di apprezzare in sede procedimentale, a seguito della partecipazione, la sussistenza o meno dei requisiti dell'operatore economico nel caso concreto: è evidente che ogni eventuale causa di esclusione non può che essere fatta valere, ove sussistenti i presupposti, dalla stazione appaltante in sede di esercizio del relativo potere, non potendosi allo stato dar seguito ad una pronuncia anticipata sulle addotte cause ostative all'utile partecipazione della ricorrente alla gara risolvendosi, essa, in ipotesi, nell'esercizio di un sindacato su poteri non ancora esercitati.

Con unico motivo di gravame la società ricorrente deduce la violazione del termine minimo di ricezione delle offerte prescritto dall'art. 60 del D. Lgs. n. 50 del 2016.

Lamenta che, di fatto, non è stato alla stessa consentito di partecipare alla gara per il termine eccessivamente esiguo ed incongruo concesso dalla pubblicazione del bando (-OMISSIS-) per la presentazione delle offerte (fino al 31 dicembre 2020), mentre ai sensi dell'art. 60 del d.lgs n. 50 del 2016 nelle procedure di gara aperte il termine minimo che deve obbligatoriamente trascorrere dalla pubblicazione del bando, per la presentazione delle offerte, è di 35 giorni (salve le riduzioni ammesse dalla disciplina emergenziale, estranee comunque al caso di specie).

Argomenta la società ricorrente, inoltre, che per effetto dell'art. 8, lett. c), del d.l. n. 76 del 2020, e fino al 31 dicembre 2020, sarebbe stato possibile per il -OMISSIS-, anche senza dare conto delle ragioni d'urgenza, ridurre detto termine a 15 giorni; tuttavia, concedendo un termine di appena 8 giorni, dalla pubblicazione del bando, per la presentazione delle offerte, il -OMISSIS- ha violato il precetto normativo che gli imponeva il rispetto del temine minimo inderogabile, ciò che inficia l'intera procedura di gara.

Ora, prima di esaminare la doglianza nel merito, il Collegio deve verificare la ritualità dell'impugnazione sia con riferimento alla peculiarità della ragione che avrebbe impedito alla ricorrente di partecipare alla gara, sia in punto di tempestività dell'impugnazione stessa (avvenuta entro 30 giorni dall'aggiudicazione ma oltre 30 giorni dalla pubblicazione dell'avviso di gara sul sito istituzionale comunale).

In via preliminare deve evidenziarsi che la prescrizione di *lex specialis* in questione, che prevede l'assegnazione di un esiguo numero di giorni (inferiore a quello di legge, come si vedrà) per la presentazione delle offerte, va senz'altro inquadrata nell'ambito delle c.d. clausole "immediatamente escludenti", ossia di quelle al cospetto delle quali sussiste l'onere per la parte interessata di tempestiva impugnazione.

Ed invero, la giurisprudenza successiva alla pronuncia Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, all'uopo giovandosi della "clausola di apertura" contenuta nella stessa pronuncia, pur ribadendo che l'onere di immediata impugnazione del bando concerne senz'altro le clausole riguardanti requisiti soggettivi di partecipazione, ha considerato "immediatamente escludenti" (anche) clausole non afferenti ai requisiti soggettivi in quanto volte a fissare - restrittivamente, in tesi - i requisiti di ammissione, bensì attinenti alla formulazione dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico, laddove esse rendano (realmente) impossibile la presentazione di una offerta e, in tali evenienze, ha

legittimato alla contestazione giurisdizionale anche l'operatore che non ha proposto la domanda partecipativa.

Più di recente, la sentenza Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4 ha richiamato l'orientamento giurisprudenziale che ha fatto rientrare nel *genus* delle c.d. clausole immediatamente escludenti le seguenti fattispecie:

a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale;

b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile;

c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta;

d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente;

e) clausole impositive di obblighi contra ius (es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto);

f) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" pt.);

g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso".

Si tratta di orientamento ancor più di recente ribadito dalla giurisprudenza del giudice d'appello (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2021, n. 2260; Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2021, n. 2238; Cons. Stato, sez. III, 28 settembre 2020, n. 5708).

Costituisce *ius receptum*, dunque, che l'onere di immediata impugnazione delle disposizioni della *lex specialis* riguarda le prescrizioni che rivestono carattere escludente, per tali dovendo intendersi:

- le previsioni che, afferendo ai requisiti soggettivi di partecipazione, escludono *in nuce* la possibilità dell'operatore economico di partecipare alla procedura, rendendone certa l'esclusione;

- le altre clausole che - benché non *stricto sensu* ostative a latere soggettivo - valgano comunque a precludere, a latere oggettivo, la partecipazione alla gara.

Ciò premesso, come sopra anticipato, deve osservarsi che la prescrizione della *lex specialis* in questione - che imponeva un termine di presentazione delle offerte inferiore a quello di legge - rientra nell'ambito delle c.d. clausole immediatamente escludenti, trattandosi di regola che rende la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (lett. b) ovvero in quanto disposizione che prevede una abbreviazione irragionevole dei termini per la presentazione dell'offerta (lett. c).

Ne discende la ritualità dell'impugnazione, in punto di legittimazione, malgrado la mancata partecipazione alla gara.

Ciò premesso, quanto al rispetto del termine decadenziale di legge, risulta che il ricorso introduttivo del giudizio è stato notificato a mezzo PEC in data 3 febbraio 2021 e che:

- la -OMISSIS-riporta la data (di "creazione del documento") del -OMISSIS-;

- l'avviso riguardante il bando di gara – depositato in giudizio dalla stessa parte ricorrente - risulta pubblicato sul sito istituzionale del -OMISSIS- resistente in data -OMISSIS- (con la seguente precisazione: "La determina dirigenziale n.-OMISSIS-e i relativi allegati (bando e disciplinare di gara integrali etc.) sono disponibili sul sito istituzionale del -OMISSIS- all'indirizzo https//www.-OMISSIS-- bandi e avvisi di gara attivi nella sezione dedicata");
- il bando di gara – in relazione a quanto emerge dagli atti versati in giudizio – non risulta oggetto di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale (né della Repubblica Italiana, né della Regione Siciliana).

Va ora osservato che quanto all'impugnazione degli "atti delle procedure di affidamento" relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, l'art. 120, comma 5, cod. proc. amm. àncora la decorrenza del termine (di trenta giorni) per l'impugnazione dei bandi e degli avvisi "con cui si indice una gara, autonomamente lesivi" alla "pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8" del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (ai sensi del quale: "Gli effetti giuridici che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana").

La disciplina relativa alla pubblicità in ambito nazionale è oggi racchiusa nell'art. 73 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, il cui comma 5 stabilisce: "Gli effetti giuridici che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla data di pubblicazione sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC".

Secondo condiviso orientamento giurisprudenziale, tuttavia, gli effetti discendenti dalla pubblicità dei bandi di gara continuano, allo stato e in considerazione della disciplina transitoria dell'art. 36, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, a decorrere dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (cfr. T.A.R. Piemonte, sez. II, 24 maggio 2021, n. 533; cfr., sul piano normativo, la disciplina dettata dagli artt. 73, comma 4, e 216, comma 11, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, dall'art. 5, comma 3, D.M. 2 dicembre 2016 - richiamato dall'art. 14, comma 1, legge reg. Sic. 9 maggio 2017, n. 8 - e dal sopra citato art. 36, comma 9, del medesimo decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), con la precisazione di cui si dirà fra breve a proposito dell'ordinamento regionale siciliano.

Invero, quanto alla disciplina regionale, va richiamato l'art. 1, comma 2, della legge reg. Sic. 12 luglio 2011, n. 12 in base al quale i riferimenti al "Bollettino ufficiale della Regione" e alla "Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana" contenuti nel decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 devono intendersi riferiti alla "Gazzetta Ufficiale della Regione siciliana" e l'art. 24, comma 4, della legge reg. Sic. 17 maggio 2016, n. 8 in base al quale tutti i riferimenti al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 contenuti nella legge reg. Sic. 12 luglio 2011, n. 12 e nel decreto del Presidente della Regione Sic. 31 gennaio 2012, n. 13, si intendono riferiti alle omologhe disposizioni previste dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e dai relativi provvedimenti di attuazione.

Alla luce di quanto sopra, in mancanza di evidenze in atti in merito alla predetta pubblicazione, obbligatoria in ragione della tipologia di procedura (aperta) seguita, del bando di gara in questione nella G.U.R.S., il ricorso introduttivo del giudizio deve ritenersi tempestivo non risultando idonea, nel caso di specie, la sola pubblicazione nel sito -OMISSIS-a far decorrere il termine di impugnazione.

Il ricorso è, nel merito, fondato.

Nel caso in esame, il termine assegnato agli operatori economici per la presentazione delle offerte (31 dicembre 2020, ore 10:00), se si tiene conto della data di pubblicazione dell'avviso di bando di gara sul sito istituzionale del -OMISSIS- resistente (-OMISSIS-), è inferiore a dieci giorni.

Il termine assegnato risulta financo inferiore a quello che - per ragioni di urgenza debitamente motivate - l'art. 60, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 ammette (laddove i termini minimi stabiliti al comma 1 dello stesso articolo non possano essere rispettati), nonché a quello che – transitoriamente – contempla l'art. 8, comma 1, lett. c), del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76 convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120 (che esclude la necessità di dar conto delle ragioni di urgenza, che si considerano comunque sussistenti).

Ferma la regola di carattere generale secondo cui «I termini stabiliti per presentare una manifestazione d'interesse o un'offerta devono essere sufficienti per consentire alle imprese di altri Stati membri di procedere a una valutazione pertinente e di elaborare la loro offerta» (Comunicazione Commissione UE 2006/C179/02), la determinazione a contrarre si è limitata a dare atto delle modalità di pubblicazione della stessa senza evidenziare le ragioni sostegno della riduzione – poi rivelatasi irragionevole – del termine per la presentazione delle offerte.

Invero, i termini stabiliti per presentare una manifestazione d'interesse o un'offerta devono essere sufficienti per consentire alle imprese di procedere a una valutazione pertinente e di elaborare la loro offerta, e l'art. 79 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 – come già il previgente art. 70 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 – dispone che, nel fissare i termini per la ricezione delle offerte e delle domande di partecipazione, le amministrazioni aggiudicatrici devono tenere conto della complessità della prestazione oggetto del contratto e del tempo ordinariamente necessario per preparare le offerte ("fatti salvi i termini minimi"); la stazione appaltante deve dunque operare secondo canoni di proporzionalità (cfr. art. 30, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) e il termine di scadenza per la presentazione delle proposte deve essere idoneo alla loro corretta e ponderata predisposizione (arg. ex T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 1 luglio 2019, n. 613).

In conclusione, attesa la fondatezza della censura, va disposto l'annullamento degli atti impugnati, ivi compresa l'aggiudicazione in favore dell'operatore economico controinteressato non costituito in giudizio.

Poiché si tratta di appalto di valore inferiore la soglia europea il richiamo all'art. 125 cod. proc. amm. contenuto nel d.l. n. 76 del 2020 non opera con riferimento alla statuizione caducatoria (art. 4, comma 2, d.l. n. 76 del 2020).

Da ultimo, in considerazione che costituisce fatto incontestato (cfr. ultima memoria di parte ricorrente) l'avvenuta stipulazione del contratto tra le parti, va dichiarata l'inefficacia dello stesso a far data dalla sua sottoscrizione.

La complessità questioni esaminate, resa evidente dalla motivazione che precede, giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti costituite, mentre le stesse vanno dichiarate irripetibili nei confronti delle parti non costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, ai sensi e termini di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati, ivi compreso il provvedimento di aggiudicazione e affidamento.

Dichiara l'inefficacia del contratto a far data dalla sua sottoscrizione.
Spese compensate fra le parti costituite; spese irripetibili nei confronti delle parti non costituite.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.
Ritenuto che sussistono i presupposti di cui all'art. 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti e della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte ricorrente e tutte le persone menzionate.
Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2021, avvalendosi di collegamento da remoto, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe La Greca, Presidente FF, Estensore
Giuseppina Alessandra Sidoti, Primo Referendario
Giovanni Giuseppe Antonio Dato, Referendario