



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 1913 del 2019, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Vito Antonio Martielli, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Emanuele Petronella, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

-OMISSIS-, non costituita in giudizio;

nei confronti

-OMISSIS--OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Vittorio Nardelli, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (sezione prima) n. -OMISSIS-, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del -OMISSIS-;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di -OMISSIS--OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 20 giugno 2019 il Cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti gli avvocati Giuseppe Ruscigno, su delega dell'avv. Martielli, Domenico Petronella e Giovanni V. Nardelli;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Il 12 dicembre 2017 il -OMISSIS- bandiva una procedura aperta ai sensi dell'art. 60, comma 3 del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016 per l'affidamento dei "lavori di arredo urbano pozzo Zuccaro, piazza Kennedy e dei percorsi del nucleo antico", retta dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con previsione di punteggio massimo per l'offerta tecnica e per quella economica pari, rispettivamente, a 95/100 e 5/100. La procedura, svolte le operazioni selettive, era aggiudicata ad -OMISSIS--OMISSIS-.

-OMISSIS-, seconda classificata, proponeva ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, per ottenere: l'annullamento degli atti della procedura; la declaratoria dell'illegittimità del silenzio serbato dal Comune sulla diffida del 15 ottobre 2018, con cui la ricorrente aveva chiesto l'attivazione dei poteri di autotutela; l'aggiudicazione dell'appalto in proprio favore; la declaratoria di inefficacia del contratto, ove stipulato, con eventuale subentro; in via subordinata, l'annullamento della procedura ai fini della sua integrale rinnovazione e il risarcimento del danno per equivalente.

L'adito Tribunale (sezione prima), nella resistenza del Comune e dell'aggiudicataria, definiva il ricorso con sentenza semplificata n. -OMISSIS-, dichiarandolo in parte irricevibile, in parte inammissibile e per il restante infondato.

Per giungere alle predette conclusioni il primo giudice:

- rilevava la tardività dei due primi motivi di ricorso, miranti all'esclusione dalla gara di -OMISSIS-, in quanto proposti oltre il termine di cui all'art 120 comma 2-bis Cod. proc. amm. (applicabile *ratione temporis* alla fattispecie), decorrente, quanto meno, dalla pubblicazione della proposta di aggiudicazione;
- riteneva infondato il terzo motivo di ricorso, rilevando che la previsione della legge di gara secondo cui *“è causa di esclusione l'indicazione dei prezzi, anche parziale, nel computo metrico”* non era stata violata, in quanto l'analisi della documentazione tecnica della controinteressata faceva emergere *“la mera quotazione delle quantità, senza alcuna indicazione che possa consentire di elaborare un'anticipazione dell'offerta economica: un sospetto, del resto, soltanto adombrato dalla ricorrente ... e non provato con corrispondenti riferimenti all'offerta economica della società”*;
- rilevava che nel quarto, quinto, sesto e settimo motivo erano stati dedotti profili di censura (sulle migliorie proposte dalla controinteressata e sulla formulazione dell'offerta tecnica) non suscettibili di comportare l'esclusione dell'aggiudicataria per palese mancanza, nella *lex specialis*, di una comminatoria di esclusione, osservando altresì che *“i predetti profili, al contrario, investono la legittimità dell'attribuzione dei subpunteggi specificamente previsti per l'assegnazione del punteggio tecnico (95/100). Ma a tal riguardo la ricorrente non ha allegato la prova di resistenza circa la possibilità di superare o anche solo ripianare il divario registrato dalla commissione giudicatrice tra le prime due graduate (punti 10,358), da ciò conseguendo la parziale inammissibilità del ricorso per carenza d'interesse ... e la sua infondatezza relativamente all'interpretazione delle clausole della lex specialis”*;
- riteneva che *“la mancanza della prova di resistenza rende, altresì, inammissibile l'ottavo motivo, in ordine al quale non è, comunque, fondatamente sostenibile che la procedura di gara debba essere annullata nella sua interezza a causa della diversa composizione della commissione competente, in un caso, al controllo sui requisiti soggettivi e all'apertura delle offerte economiche e, in altro caso, competente ad esperire la valutazione*

delle offerte tecniche con il metodo del confronto a coppie. A prescindere dalla diversa composizione è, infatti, indimostrato che vi sia stata una commistione tra i due momenti procedurali (in ciò dovendo consistere, se mai, il denunciato vizio, cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 749; id., sez. VI, 3 luglio 2014, n. 3361; TAR Piemonte, 20 gennaio 2016, n. 75)''.

Avverso tale sentenza -OMISSIS- ha proposto appello, deducendo: 1) Erroneità della sentenza nella parte in cui ha dichiarato irricevibili i primi due motivi di ricorso; 2) Erroneità, grave insufficienza della motivazione e violazione di legge per omessa pronuncia della sentenza nella parte in cui ha deliberato i motivi di ricorso dal n. 3 al n. 8.

Ha indi riproposto le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, e concluso per la riforma della sentenza e l'accoglimento del suo ricorso e, per l'effetto: in via principale, per l'annullamento degli atti impugnati, la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, ove sottoscritto, e l'adozione dell'ordine di aggiudicare l'appalto e di affidare i lavori alla -OMISSIS-, nonché per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica mercè la stipula del contratto; in subordine, per il subentro nel contratto di appalto della -OMISSIS-, anche solo per la parte residua; in ulteriore subordine, per il rinnovo della procedura di gara a opera di una nuova commissione giudicatrice, previo annullamento di tutte le precedenti valutazioni; in ulteriore subordine, per la condanna della stazione appaltante al risarcimento dei danni subiti e subendi per equivalente monetario, nell'indicato ammontare o in quello ritenuto di giustizia, oltre accessori; in ogni caso, considerata l'inerzia della stazione appaltante rispetto alla diffida del 15 ottobre 2018, per la condanna delle controparti alla refusione delle spese del doppio grado di giudizio.

Nel prosieguo, -OMISSIS- ha quantificato a mezzo di specifiche relazioni le pretese risarcitorie (danno da mancato profitto: € 160.139,46; danno curriculare: € 131. 310,00).

-OMISSIS- e il -OMISSIS-, costituitisi in resistenza, hanno rappresentato l'avvenuta sottoscrizione del contratto di appalto per cui è causa, con conseguente consegna dei lavori (15 e 20 marzo 2019), e domandato la reiezione dell'appello, confutando partitamente la fondatezza delle tesi dell'appellante.

Tutte le parti hanno affidato a memorie lo sviluppo delle proprie tesi difensive, nell'ambito delle quali hanno anche riferito in ordine a fatti sopravvenuti.

In estrema sintesi, -OMISSIS-, allegando prima una intervista giornalistica, poi un accertamento della polizia municipale del 30 marzo 2019, attestante da parte di -OMISSIS- l'espianto di alberi in assenza di un capo cantiere responsabile della sicurezza, di recinzioni e di provvedimento autorizzativo, ha esposto che i lavori per cui è causa sono stati sospesi per violazione delle norme del Testo unico sulla salute e sicurezza sul lavoro di cui al d.lgs. n. 81/2008.

Sia -OMISSIS- che il -OMISSIS- hanno contestato la veridicità della predetta affermazione.

In particolare, la società ha esposto come il taglio degli alberi fosse previsto nel proprio progetto nonché la regolare prosecuzione dei lavori e, quanto alla dedotta carenza di provvedimento autorizzativo, ha depositato l'ordinanza comunale n. 31/35 del 21 marzo 2019 che ha disciplinato per 360 giorni decorrenti dal 22 marzo 2019 la circolazione veicolare nell'area interessata dall'intervento.

Il Comune ha eccepito la tardività del deposito del predetto accertamento di P.M. da parte di -OMISSIS-. Ha poi rappresentato la celere prosecuzione dei lavori nel pieno rispetto delle prescrizioni di legge in tema di appalti e di sicurezza sui luoghi di lavoro, giunta alla realizzazione del 40% di quanto previsto, e ha negato l'adozione di provvedimenti di sospensione dei lavori.

-OMISSIS- ha contestato il dato relativo alla percentuale di realizzazione dei lavori indicata dal Comune, anche mediante deposito di evidenze

fotografiche.

Il Comune ha eccepito la tardività di tali evidenze fotografiche e della relativa memoria.

A sua volta, -OMISSIS- ha eccepito la tardività del deposito da parte di -OMISSIS- della citata ordinanza comunale n. 31/35 del 2019 e comunque la sua ininfluenza nel merito, corroborando le contestazioni relative alla percentuale di realizzazione dei lavori con il deposito di una nota della Soprintendenza di Bari (n. 6853-P del 30 maggio 2019), che fa riferimento anche a prescrizioni impartite dalla stessa Soprintendenza con precedente atto n. 5468 del 2 maggio 2019 in relazione alla progettazione esecutiva e alle migliorie proposte da -OMISSIS-. Tali prescrizioni, unitamente ad alcune questioni variamente insorte nella realizzazione dell'intervento, anche in relazione al previsto taglio degli alberi, ha dato luogo all'atto di indirizzo per la redazione di una perizia di variante di cui alla deliberazione di Giunta comunale n. 107 del 7 giugno 2019, versata in atti da -OMISSIS-.

La causa è stata indi trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 20 giugno 2019.

DIRITTO

1. L'appello in trattazione ha a oggetto la sentenza semplificata 24 gennaio 2019 n. 109 della prima sezione del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, che ha dichiarato in parte irricevibile, in parte inammissibile e per il restante infondato il ricorso proposto da -OMISSIS-, seconda classificata, avverso l'aggiudicazione ad -OMISSIS--OMISSIS- della gara bandita il 12 dicembre 2017 dal -OMISSIS- per l'affidamento dei "lavori di arredo urbano pozzo Zuccaro, piazza Kennedy e dei percorsi del nucleo antico".

2. In via preliminare, rileva il Collegio che, come emerge da quanto illustrato in fatto, la presente controversia si è caratterizzata per l'esposizione nelle memorie depositate da tutte le parti del giudizio, oltre che delle rispettive tesi difensive relative alla correttezza o meno delle conclusioni raggiunte dal primo giudice, di una corposa serie di elementi emergenti da fatti e atti

sopravvenuti alla sentenza appellata, alla sottoscrizione del contratto di appalto per cui è causa tra il Comune e -OMISSIS- e alla consegna dei lavori (queste ultime intervenute rispettivamente il 15 e 20 marzo 2019).

I predetti elementi si sono incentrati sulle modalità di svolgimento dei lavori da parte di -OMISSIS- e, segnatamente, sul loro stato di realizzazione alla data di formulazione delle relative difese.

Al riguardo, si osserva che essi elementi si collocano in posizione subordinata rispetto ai temi centrali che connotano la disamina da effettuarsi in questa sede, che sono quelli relativi alla tempestività, ammissibilità e fondatezza delle contestazioni formulate da -OMISSIS- avverso l'aggiudicazione dell'appalto ad -OMISSIS-, negate dal primo giudice.

La loro valutazione viene infatti in rilievo solo per l'ipotesi dell'annullamento dell'aggiudicazione e per la conseguente necessità di ritenere in questa sede i presupposti per disporre, come pure chiesto da -OMISSIS-, in alternativa prioritaria all'accoglimento della subordinata domanda risarcitoria per equivalente, il suo subentro nel contratto stipulato tra il -OMISSIS- e -OMISSIS-.

In altre parole, la rilevanza dei predetti elementi si situa nell'ambito dell'individuazione delle misure più idonee a ristorare la sfera giuridica dell'appellante, e sconta, pertanto, la fondatezza dell'appello.

Tale presupposto, però, non sussiste, dovendo il Collegio convenire interamente con le conclusioni della sentenza appellata.

Ne deriva, pertanto, oltre che l'ininfluenza degli elementi sopravvenuti in parola ai fini della delibazione della domanda demolitoria qui riproposta da -OMISSIS-, che non può che essere valutata alla luce della situazione di fatto e di diritto emergente alla data di svolgimento della procedura, l'assorbimento di ogni questione, pure sollevata dalle parti in rapporto all'interesse perseguito da ciascuna di esse, relativa alla rituale introduzione nell'odierno appello degli elementi stessi.

3. Dopo tale necessaria premessa, passando all'esame dell'appello, si rileva che con il primo motivo -OMISSIS- ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha dichiarato irricevibili i primi due motivi di ricorso, tendenti all'esclusione dalla gara di -OMISSIS-.

3.1. I predetti motivi sono stati così riassunti dal primo giudice:

“1°) violazione dell'art. 80 del D.lgs. 50/2016, della lex specialis, delle linee guida Anac n. 6 approvate con la delibera n. 1293 del 16.11.2016, dell'art. 97 della Costituzione, dei principi di par condicio degli offerenti, non discriminazione, lealtà, trasparenza, correttezza, buon andamento, imparzialità, economicità; eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto ed in diritto, omessa o insufficiente istruttoria, omessa ponderazione di interessi privati, sviamento.

A sostegno di tale censura la ricorrente ha evidenziato che la società aggiudicataria sarebbe lo stesso soggetto giuridico ... coinvolto in indagini giudiziarie nell'anno 2017 e che, dunque difetterebbero i requisiti di affidabilità dell'appaltatore, in coerenza con gli indirizzi espressi dall'Anac.

2°) Violazione della lex specialis (anche in riferimento alla violazione dell'art. 105, comma 5 del d.lgs. 50/2016), dell'art. 97 della Costituzione, dei principi di par condicio degli offerenti, non discriminazione, correttezza, buon andamento, imparzialità, economicità; eccesso di potere per difetto d'istruttoria.

La ricorrente ha, in sintesi, lamentato che l'aggiudicataria avrebbe dichiarato di subappaltare parte dei lavori, ma che, sommando le singole percentuali per ciascuna categoria (30% per la categoria OG2; 30% per la categoria OG6; 100% per la categoria OG10), si otterrebbe un importo (€. 572.830,202) superiore all'importo massimo subappaltabile (€. 526.140,00)”.

3.2. La sentenza appellata ha dichiarato la tardività delle suddette censure con articolate argomentazioni, che possono essere così sintetizzate, rammentando che nella controversia trova applicazione *ratione temporis* l'art. 120, comma 2-bis del Codice del processo amministrativo:

- la stazione appaltante ha dato comunicazione il 4 giugno 2018 ai partecipanti alla procedura controversa, compresa -OMISSIS-, la proposta di

aggiudicazione in favore di -OMISSIS-. La stessa comunicazione, che non poteva che presupporre l'ammissione della società, è stata pubblicata nell'Albo pretorio on line e nella sezione "Amministrazione trasparente" del sito internet comunale;

- -OMISSIS- è rimasta inerte (o addirittura acquiescente), essendosi attivata solo il 31 agosto 2018 mediante una istanza di accesso agli atti di contenuto generico ("estrazione in copia di documentazione di gara") ma con finalità sintomatica di una piena (e risalente) consapevolezza dello stato della procedura ("al fine di tutelare i propri interessi ed eventuali altri atti connessi e/o consequenziali al provvedimento di aggiudicazione"), come confermato dalla nota del 9 ottobre 2018 e dalla diffida del 17 ottobre 2018;

- in tal modo, è abbondantemente decorso, a partire dal 4 giugno 2018, il termine previsto dal citato art. 120, comma 2-*bis*, con la conseguenza che *"l'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento"*;

- non poteva trovare accoglimento la difesa di -OMISSIS- in ordine alla assenza di lesività dell'ammissione e della proposta di aggiudicazione, realizzatasi nei suoi confronti solo con l'aggiudicazione della gara ad -OMISSIS-, che ha definitivamente escluso che la gara potesse essere vinta da -OMISSIS-: la disposizione di cui trattasi ha infatti distinto, per le ragioni partitamente indicate nella sentenza, "in maniera volutamente netta il giudizio impugnatorio sulle ammissioni/esclusioni e quello sull'aggiudicazione, il secondo non estensibile alla cognizione dei profili propri del primo se non nel rispetto dell'indefettibile presupposto processuale sotteso alla rituale proposizione del ricorso ai sensi del sopra citato art. 120, comma 2 bis".

3.3. -OMISSIS- sottopone a critica le conclusioni del primo giudice sotto varie angolazioni.

Nessuna delle sottostanti argomentazioni risulta convincente.

3.3.1. Con un primo profilo (proposto "per tuziorismo difensivo") -OMISSIS- sostiene che -OMISSIS- ha tardivamente depositato in giudizio la

comunicazione del 4 giugno 2018 (che è stata versata in atti il giorno prima della camera di consiglio in cui la causa è stata trattenuta in decisione nel merito, ai sensi dell'art. 60 Cod. proc. amm.), sicchè il giudice non avrebbe potuto tenerne conto, come fatto constare in via di eccezione dalla stessa -OMISSIS-.

Sostiene ancora -OMISSIS- che, poiché la tardiva produzione in giudizio era l'unica circostanza che -OMISSIS- avrebbe potuto confutare, non varrebbe considerare, come ha fatto il primo giudice, che l'avvenuta comunicazione era circostanza incontestata in giudizio, ai sensi dell'art. 64, comma 2 Cod. proc. amm., non avendo -OMISSIS- allegato prova del mancato adempimento, da parte dell'Amministrazione, della previsione del bando secondo cui "la stazione appaltante, ai sensi dell'art. 40 e art. 50 del D.lgs. 50/2016, si avvarrà per tutte le comunicazioni inerenti la presente procedura di gara del mezzo elettronico e specificamente della posta elettronica certificata".

Entrambe le censure sono da respingere.

Va premesso che per la giurisprudenza amministrativa relativa all'art. 73 Cod. proc. amm. vanno stralciati dagli atti del giudizio le memorie e i documenti depositati tardivamente, dei quali non deve tenersi conto ai fini del decidere; al tempo stesso le conseguenze del mancato stralcio dagli atti del giudizio, da parte del giudice di primo grado, di quelli oggetto di deposito tardivo non possono che determinare, una volta che il giudice stesso li abbia, più o meno espressamente, utilizzati e posti a base della sua decisione, violazione del diritto di difesa e dell'ineludibile principio del contraddittorio (tra altre, Cons. Stato, V, 22 marzo 2016, n.1192; III, 13 marzo 2015, n. 1340).

Tanto premesso, nel caso di specie non è rilevabile alcuna tardività.

Le considerazioni dell'appellante tralasciano infatti di considerare che il primo giudice, nel respingere l'eccezione di -OMISSIS- di tardività del deposito della comunicazione di cui trattasi, oltre a formulare le osservazioni di cui sopra, avversate con le censure in esame, ha fatto altresì constare che "la

controinteressata ha dato tempestiva prova in giudizio (produzione del 3.12.2018) della pubblicazione di tale comunicazione”.

Si tratta, in particolare, degli atti allegati alla memoria con cui -OMISSIS- aveva eccepito in primo grado la tardività del ricorso di -OMISSIS-, rilevando, tra altro, che “In data 4 giugno 2018 è stato anche pubblicato il verbale nr.11 del 01 giugno 2018 (sia nella sezione ‘Amministrazione Trasparente’ All.3, sia sull’albo pretorio All.2) contenente la proposta di aggiudicazione in favore dell’aggiudicataria e la graduatoria dell’appalto che vedeva prima classificata la -OMISSIS- con punti 79,308 e seconda classificata la -OMISSIS- con punti 68,950. Quindi, nonostante fosse conosciuta dalla ricorrente l’ammissione della controinteressata sin dall’8/9 febbraio 2018 e fosse addirittura conosciuta sin dal 01/04 giugno 2018 LA LESIONE derivante da tale ammissione essendo stata stilata la graduatoria di merito ... la ricorrente ha notificato il ricorso soltanto in data 02 novembre 2018 con ciò incorrendo nella decadenza di cui all’art.120 comma 2 bis c.p.a.”).

Alla luce di tale rilievo, va escluso che il deposito della comunicazione 4 giugno 2018 della proposta di aggiudicazione in favore di -OMISSIS-, avvenuto il giorno prima della camera di consiglio in cui la causa è stata trattenuta in decisione nel merito, ai sensi dell’art. 60 Cod. proc. amm., possa aver introdotto un elemento nuovo, con conseguente lesione del diritto di difesa e di contraddittorio di -OMISSIS-.

Quest’ultima, infatti, alla data del predetto deposito, era già ben a conoscenza del fatto che controparte aveva tempestivamente invocato in giudizio gli effetti legali derivanti dalle disposizioni inerenti il regime di pubblicità degli atti delle procedure di evidenza pubblica al fine di far dichiarare la tardività dell’impugnativa.

Del resto, il primo giudice ha puntualmente ricostruito tale regime (art. 32, l. n. 69/2009; art. 4, d.P.C.M. 26 aprile 2011; art. 120, comma 2-*bis* Cod. proc. amm.; art. 29, comma 1 d.lgs. n. 50/2016), proprio in correlazione con l’avvenuta (tempestiva) acquisizione agli atti del giudizio, prima del deposito

della comunicazione 4 giugno 2018, del fatto costituito dalla pubblicazione della comunicazione stessa.

Essa era pertanto entrata ritualmente, nella conoscenza del giudice e di -OMISSIS-, che è stata posta conseguentemente nella condizione di espletare, al riguardo, ogni difesa di merito ritenuta opportuna, e che, infine, non risulta neanche essersi opposta alla decisione del suo ricorso mediante sentenza in forma semplificata.

3.3.2. -OMISSIS- sostiene poi, in ogni caso, che la conoscenza della proposta di aggiudicazione non refluisce nella decorrenza del termine di impugnativa per due ragioni: perché la proposta avrebbe potuto essere modificata (per caso di accertamento di gravi irregolarità a carico di -OMISSIS-); perché la decorrenza, nel caso di specie, sarebbe correlata alla piena conoscenza da parte di -OMISSIS- dei carichi pendenti dell'ex amministratore e legale rappresentante e dell'ex direttore di -OMISSIS- -OMISSIS-, che essa ha acquisito solo dopo la presentazione di tre istanze di accesso. E rispetto all'ultima di tali istanze (15 ottobre 2018) il ricorso, proposto il 2 novembre 2018, sarebbe tempestivo.

Anche tale iter argomentativo non può condurre agli effetti sperati da -OMISSIS-.

La prima argomentazione non è infatti convincente per le stesse ragioni, che il Collegio non può che condividere, indicate dal primo giudice, che ha rilevato come essa si sostanzia in una interpretazione utilitaristica e in un travisamento dell'art. 120, comma 2-bis Cod. proc. amm., *“che ha inteso distinguere in maniera volutamente netta il giudizio impugnatorio sulle ammissioni/esclusioni e quello sull'aggiudicazione, il secondo non estensibile alla cognizione dei profili propri del primo se non nel rispetto dell'indefettibile presupposto processuale sotteso alla rituale proposizione del ricorso ai sensi del sopra citato art. 120, comma 2 bis”*.

Anche il secondo profilo non è accoglibile.

-OMISSIS- ha inteso impugnare con i motivi in esame, ancor prima che l'aggiudicazione in favore di -OMISSIS-, l'ammissione della società alla gara.

Come detto, tale impugnativa era soggetta, *ratione temporis*, al termine di cui all'art. 120, comma 2-bis Cod. proc. amm. (*“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”*).

La decorrenza del termine in parola, in uno con il primo giudice, va fatta risalire, alla luce di quanto dianzi osservato, al 4 giugno 2018, data della comunicazione della proposta di aggiudicazione, che sottintendeva l'ammissione della società alla gara.

-OMISSIS- sostiene, però, che, a tale data le era ignoto ogni profilo relativo all'elemento costituito dai carichi pendenti dell'ex amministratore e legale rappresentante e dell'ex direttore di -OMISSIS- -OMISSIS-- sui quali (anche) ha fatto leva la sua impugnativa dell'ammissione della società - acquisito solo dopo la presentazione di ben tre istanze di accesso.

L'esame di tale questione può essere affrontata, in via analogica, tenendo conto dei principi espressi dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato su questioni similari, in relazione all'art. 120, comma 5, Cod. proc. amm. (*“Salvo quanto previsto dal comma 6bis, per l’impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale, e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti dalla comunicazione di cui all’art. 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”*) e all'art. 79, comma 5 del d.lgs. 163/2006 (che impone alla stazione appaltante di comunicare l'aggiudicazione definitiva, tra gli altri, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, corredata dagli

elementi di cui al successivo comma 5-*bis*), principi racchiusi, da ultimo, nella sentenza della Sezione 3 aprile 2019, n. 2190,

Essi comportano che:

- la necessità di procedere all'accesso ai documenti per poter avere piena conoscenza della motivazione del provvedimento e degli atti endo-procedimentali che l'hanno preceduto non sospende la decorrenza del termine ordinario di impugnazione (*ex multis*, Cons. Stato, IV, 21 marzo 2016, n. 1135; V, 15 gennaio 2013, n. 170; V, 5 novembre 2012, n. 5588; III, 13 maggio 2012, n. 2993; IV, 2 settembre 2011, n. 4973; V, 25 luglio 2011, n. 4454);

- tuttavia, i principi di effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost., e art. 1 Cod. proc. amm.), così come enucleati anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea (sentenza 8 maggio 2014, in C-161/13 Idrodinamica Spurgo), portano a ritenere che, qualora la stazione appaltante rifiuti illegittimamente di consentire l'accesso (ovvero, in qualunque modo tenga una condotta di carattere dilatorio), il potere di impugnare non "si consuma" con il decorso del termine di legge, ma è incrementato di un numero di giorni necessari alla effettiva acquisizione dei documenti stessi (Cons. Stato, III, 6 marzo 2019, n. 1540; 14 gennaio 2019, n. 349; V, 5 febbraio 2018, n. 718; III, 22 luglio 2016, n. 3308);

- pertanto, in caso di proposizione del ricorso introduttivo del giudizio avverso l'aggiudicazione oltre il termine di 30 giorni previsto dall'art. 120, comma 5, Cod. proc. amm., occorre verificare, per valutare la tempestività del ricorso, se la comunicazione dell'aggiudicazione fosse completa. Qualora sia incompleta, considerare se la parte interessata abbia presentato tempestiva istanza di accesso ai documenti per acquisire gli elementi necessari all'impugnazione. In caso di tempestiva istanza, apprezzare quale condotta abbia tenuto l'amministrazione ovvero se essa abbia fornito o meno un accesso completo e in tempo debito (così Cons. Stato, 31 ottobre 2018, n. 6187).

Alla stregua di tali canoni, il termine di impugnazione legale può essere differito per il tempo necessario all'acquisizione della documentazione richiesta con l'istanza di accesso nella sussistenza di due condizioni: a) che l'interessato abbia presentato tempestivamente istanza di accesso agli atti del procedimento; b) che l'amministrazione abbia tenuto una condotta dilatoria su tale istanza.

Ciò posto, deve rilevarsi la carenza nella fattispecie della condizione *sub a*).

Infatti, come rilevato dal primo giudice, la prima istanza di accesso agli atti di -OMISSIS-, cui pure era nota quanto meno dalla predetta data del 4 giugno 2018 l'ammissione alla gara di -OMISSIS-, è stata presentata solo il 31 agosto 2018, senza che dagli atti di causa emerga al riguardo una qualche giustificazione.

L'ingiustificatezza del decorso di tale lasso temporale (poco meno di tre mesi) risulta inoltre ancora più rilevante ove si consideri che, alla luce della *lex specialis* (pag. 9, lettera o del bando) la stazione appaltante si era riservata la facoltà di procedere all'aggiudicazione definitiva della procedura anche prima di procedere ai controlli in capo all'aggiudicatario provvisorio, subordinandola all'esito positivo degli stessi, previsione che, evocando la necessità dell'Amministrazione di procedere con urgenza all'aggiudicazione della procedura, e, indi, all'affidamento dei lavori di cui si discute, rendeva vieppiù indifferibile l'intrapresa da parte del concorrente non classificato primo in graduatoria, come -OMISSIS-, di ogni azione volta ad acquisire tutti gli elementi idonei a valutare la contestabilità in giudizio dell'ammissione alla gara del concorrente primo classificato.

In considerazione di quanto sopra, diventa recessivo ogni apprezzamento volto a verificare se successivamente alla presentazione dell'istanza di accesso l'Amministrazione abbia posto in essere o meno una condotta dilatoria, in quanto, come visto, ai fini di cui si discute, tale apprezzamento è subordinato alla tempestività dell'esperimento del diritto di accesso, qui da escludersi.

Non si pone, infine, nella fattispecie alcun problema di compatibilità del termine accelerato di cui all'art. 120, comma 2-bis Cod. proc. amm. (disposizione poi abrogata, come noto, dall'art. 1, comma 22, lett. a) del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 giugno 2019, n. 55, con decorrenza correlata, ex art. 1, comma 23, del d.l. n. 32/2019, "ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione"), come sostenuto da -OMISSIS- nella parte finale della censura in esame.

L'applicazione alla vicenda dei canoni giurisprudenziali sopra riepilogati rende infatti immune ogni conclusione adottata alla luce degli stessi dal sospetto, richiamato da -OMISSIS-, di possibile contrasto con i principi di effettività della tutela giudiziale codificati dalla Costituzione, di cui tali canoni costituiscono precipua ed espressa attuazione.

3.4. Il primo motivo di appello va pertanto respinto, in uno a tutte le ulteriori difese svolte da -OMISSIS- nelle successive memorie in relazione alla sussistenza di una causa di esclusione dalla gara di -OMISSIS-, questione risultante, come sopra, non ritualmente introdotta in giudizio.

4. Con il secondo motivo di appello -OMISSIS- sostiene la grave insufficienza motivazionale e l'omessa pronuncia della sentenza appellata nel respingere i motivi del ricorso dal n. 3 al n. 8.

Anche tale motivo non è meritevole di accoglimento.

4.1. Non è innanzitutto ravvisabile alcuna lacuna motivazionale nella deliberazione del terzo motivo del ricorso di -OMISSIS-.

Con tale motivo -OMISSIS- aveva sostenuto che l'offerta tecnica di -OMISSIS-, negli allegati computo metrico e quadro comparativo, contenesse un codice-articolo riferito alle migliori proposte e relativo alle voci di capitolato del progetto posto a base di gara, in violazione della previsione del bando secondo cui "è causa di esclusione l'indicazione dei prezzi, anche parziale, nel computo metrico".

Si osserva infatti al riguardo che le ragioni della reiezione della censura risultano chiaramente e adeguatamente esplicitate, avendo il primo giudice

rilevato che *“l’analisi della documentazione tecnica della controinteressata faceva emergere la mera quotazione delle quantità, senza alcuna indicazione che possa consentire di elaborare un’anticipazione dell’offerta economica”*.

Nulla muta considerando, come pure qui sostenuto da -OMISSIS-, che tali codici-articolo corrispondessero a quelli del listino prezzi regionale delle OO.PP., ciò che avrebbe, in tesi, consentito di individuare il prezzo di lavorazione di quanto offerto: infatti tale censura è del tutto ipotetica, in quanto non accompagnata da un effettivo riscontro della corrispondenza dell’offerta economica di -OMISSIS- al predetto prezzario.

Ben ha fatto, pertanto, il primo giudice a rilevare anche che l’asserita possibilità di individuazione del prezzo offerto già nella documentazione tecnica costituiva un mero sospetto, non provato con corrispondenti riferimenti all’offerta economica: infatti, dal momento che il c.d. principio di separazione tra offerta tecnica e offerta economica, denominato anche divieto di commistione, risponde alla finalità di garantire la segretezza dell’offerta economica in funzione di evitare che l’offerta tecnica contenga elementi che consentano di ricostruire, nel caso concreto, l’entità dell’offerta economica, la valutazione relativa alla eventuale violazione del divieto non può che essere correlata a una indagine da condurre, appunto, in concreto, aspetto che è invece del tutto estraneo alla censura proposta da -OMISSIS-.

4.2. Il secondo motivo di appello non merita condivisione anche ove sostiene l’erroneità del primo giudice nel rilevare che nel quarto, quinto, sesto e settimo motivo -OMISSIS- aveva dedotto profili di censura (sulle migliorie proposte dalla controinteressata e sulla formulazione dell’offerta tecnica) suscettibili di comportare non l’esclusione dell’aggiudicataria, essendo carente una corrispondente previsione nella *lex specialis*, ma, al più, una diversa attribuzione del punteggio tecnico, e nel concludere che ogni indagine sul punto scontava la mancata allegazione della prova di resistenza circa la possibilità di -OMISSIS- di “superare o anche solo ripianare il divario registrato dalla commissione giudicatrice tra le prime due graduate (punti

10,358)”, con conseguente carenza d’interesse alla delibazione delle censure, comunque infondate nella parte relativa all’interpretazione delle clausole della legge di gara.

In particolare, non è persuasiva l’unica argomentazione posta a sostegno della censura, secondo cui l’offerta tecnica di -OMISSIS- conterrebbe, contraddittoriamente, offerta di pali di illuminazione sia a doppio che a unico braccio, contravvenendo in tal modo al disciplinare che imponeva di non esprimere nell’offerta tecnica “soluzioni alternative, opzioni diverse, proposte condizionate o altre condizioni equivoche, in relazione a uno o più elementi di valutazione” con conseguente inidoneità dell’offerta a conseguire punteggio o a restare in gara.

Infatti, è manifestamente infondata la prospettazione di -OMISSIS- secondo cui la ventilata esclusione di -OMISSIS- per il predetto motivo troverebbe ragione in alcune disposizioni della legge di gara, e segnatamente nei punti c.1) e d.4), pagg. 17-18 del disciplinare.

In particolare, la prima causa di esclusione di cui trattasi attiene alla presentazione di *“una o più d’una delle dichiarazioni richieste recanti indicazioni gravemente erronee, insufficienti, non pertinenti, non veritiere, comunque non idonee all’accertamento dell’esistenza di fatti, circostanze o requisiti per i quali sono prodotte”* e, indi, alle dichiarazioni inerenti i requisiti di ammissione, ed è pertanto manifestamente estranea al rilievo di cui trattasi.

Alla stessa conclusione deve giungersi per la seconda causa di esclusione, che afferisce alla documentazione risultante in contrasto *“con altre prescrizioni legislative e regolamentari inderogabili, con le norme di ordine pubblico o con i principi generali dell’ordinamento giuridico”*.

Trova pertanto conferma sia l’affermazione del primo giudice in ordine alla carenza nella lex specialis di una previsione di esclusione regolante il profilo di censura di cui si discute che la rilevanza dal medesimo conferita alla mancata allegazione da parte di -OMISSIS- della prova di resistenza.

4.3. Infine, sempre con il secondo motivo, -OMISSIS- afferma il suo indubbio interesse ad agire per contestare la violazione del principio di unicità della commissione giudicatrice e del principio di concentrazione delle operazioni di gara.

Tale scarna notazione è del tutto inidonea a porre nel nulla la parte della sentenza appellata dedicata ai temi di cui sopra.

Infatti il primo giudice, a ben vedere, con valutazione che si profila estremamente sintetica ma che non pecca in alcun modo di inefficacia, ha definito anche nel merito, e non solo in rito, le censure di -OMISSIS- volte a lamentare la diversa composizione della commissione valutatrice nelle fasi del controllo sui requisiti soggettivi e dell'apertura delle offerte economiche e in quella della valutazione delle offerte tecniche con il metodo del confronto a coppie, e ciò rilevando come "a prescindere dalla diversa composizione" fosse rimasto "indimostrato che vi sia stata una commistione tra i due momenti procedurali".

Sicchè, per contestare validamente il capo della statuizione in parola, -OMISSIS- avrebbe dovuto far constare l'avvenuta dimostrazione della predetta commistione, onere che non è stato invece assolto.

5. L'appello in trattazione deve pertanto essere respinto, con conseguente assorbimento delle censure svolte in primo grado da -OMISSIS- e qui integralmente riproposte.

6. Le spese di lite del grado, liquidate come in dispositivo, seguono il principio generale della soccombenza.

Non può infatti aderirsi alla richiesta dell'appellante di condanna delle controparti, in ogni caso, alla refusione delle spese del doppio grado di giudizio, che è fondata su una circostanza - il ritardo con cui la stazione appaltante ha provveduto, e solo dopo diffida, sulla istanza di accesso formulata da -OMISSIS- - che nella disamina dell'appello si è rivelata del tutto irrilevante, perché superata dall'accertamento della intempestività dell'esperimento del diritto di accesso da parte della stessa -OMISSIS-.

P.Q.M.

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

Condanna la parte appellante alla refusione delle spese del presente grado di giudizio in favore delle parti resistenti, nella misura pari a € 3.000,00 (euro tremila/00) per ciascuna di esse, oltre oneri di legge.

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

Vista la richiesta della parte interessata e ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, comma 1 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte medesima, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo a identificare le parti del presente giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 20 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Anna Bottiglieri

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO