

Publicato il 15/03/2019

N. 01710/2019REG.PROV.COLL.

N. 05001/2018 REG.RIC.



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 numero di registro generale 5001 del 2018, proposto da Reali Tours S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Franco Antonazzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Golametto n.4;

contro

Comune di Trivigliano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Chiarina Ianni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanni Valeri in Roma, viale Mazzini 11 Pal. H/3;

nei confronti

Cialone Tour S.p.A, Allocca Raffaele non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sezione staccata di Latina (Sezione Prima) n. 00268/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Trivigliano;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 gennaio 2019 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati Franco Antonazzo, Sara Spirito su delega dell'avvocato Chiarina Ianni,;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente gravame, la Reali Tours ha chiesto la riforma della sentenza con cui il TAR ha dichiarato l'irricevibilità del suo ricorso proposto avverso la comunicazione del 04.12.2017 di avvenuta aggiudicazione alla Cialone Tour Spa dell'appalto del servizio di trasporto scolastico.

Il TAR ha ritenuto che il *dies a quo* dovesse essere computato a decorrere dalla ricezione della PEC del 21.9.2017 con la quale veniva comunicato alle ditte che avevano partecipato alla gara, ivi inclusa la Reali Tours, l'aggiudicazione definitiva e la determina nella quale erano riportati i punteggi conseguiti da tutti i candidati.

L'appello è affidato alla denuncia:

1. di un primo motivo di gravame (a pag. 3) – peraltro non espressamente rubricato, in violazione dell'articolo 40 c.p.a. che impone l'indicazione separata dei fatti (lett. c) e l'indicazione dei motivi specifici di ricorso (lett. d) – sostanzialmente affidato all'erroneità della dichiarazione di irricevibilità del ricorso per una inesatta individuazione della scadenza del termine decadenziale;
2. di un secondo motivo con cui si lamenta che il TAR non avrebbe affatto deliberato i motivi del ricorso di primo grado, che l'appellante ripropone in questa

sede, relativi rispettivamente ai maggiori ovvero, se uguali a quelli ricevuti, irragionevoli ed ingiustificati punteggi attribuiti alla Cialone Tour, in ordine: A) ai servizi aggiuntivi offerti nell'offerta tecnica; B) ai requisiti tecnici ed ambientali richiesti in materia di automezzo da impiegare; C) al piano di manutenzione e pulizia degli automezzi; D) al piano di pulizia indicato dalla Cialone al quale è stato attribuito il punteggio di 8, mentre a quello della ricorrente il misero punteggio di 4.

Si è costituito in giudizio il Comune di Trivigliano con memoria versata in data 18.12.2018 con cui ha confutato analiticamente le tesi dell'appellante e concluso per il rigetto.

Con memoria difensiva del 17.12.2018, l'appellante ha reiterato le censure avverso la sentenza.

A sua volta con la memoria per l'udienza pubblica, l'Amministrazione ha replicato alle tesi dell'appellante insistendo nelle sue conclusioni.

Uditi all'udienza pubblica di discussione i difensori delle parti, il ricorso è stato ritenuto in decisione dal Collegio.

DIRITTO

1.§. Con il primo motivo di ricorso si contesta, sotto due profili, che la sentenza impugnata avrebbe omesso di affrontare il merito della questione, limitandosi a dichiarare l'irricevibilità del ricorso per una supposta scadenza del termine di impugnativa.

1.§1. Erroneamente la sentenza avrebbe concluso che il ricorrente avrebbe dovuto proporre ricorso non contro il provvedimento di espressa "*aggiudicazione definitiva*" trasmesso alla ricorrente in data 4 dicembre 2017, bensì contro il precedente provvedimento di "*aggiudicazione senza efficacia*" del 15 settembre 2017 n.154 di cui era stata data semplicemente notizia all'attuale appellante con la nota del 21

settembre 2017, senza alcuna motivazione e soprattutto senza l'indicazione dei punteggi attribuiti ai vari elementi di comparazione.

La decisione si sarebbe basata su una eccessiva teorizzazione priva di qualsiasi riferimento alla effettiva realtà, motivata da una interpretazione forzata dell'art. 76, co. 5 del vigente codice degli appalti che, secondo la sentenza impugnata, avrebbe eliminato il duplice passaggio dell'aggiudicazione provvisoria e di quella definitiva, attribuendo valore determinante alla prima, obbligando quindi il ricorrente ad impugnare la prima con la conseguenza di considerare fuori termine l'avvenuta impugnazione della seconda.

Una interpretazione del genere non sarebbe corretta sotto vari profili:

- a) addosserebbe al ricorrente l'onere di dover procedere ad una duplice impugnativa sulla duplice comunicazione dei due provvedimenti, con un aggravio incostituzionale delle spese di giustizia dell'appellante;
- b) l'art. 32, co. 7, darebbe al primo provvedimento valore puramente endoprocedimentale;
- c) l'articolo 32, co. 8, confermerebbe l'inefficacia del primo provvedimento di aggiudicazione, stabilendo che il termine per la sottoscrizione del contratto di servizio con l'aggiudicatario decorrerebbe dalla data di compiuta verifica di tali requisiti, ribadendo così che nel frattempo il primo provvedimento risulta privo di qualsiasi efficacia.

Un provvedimento per legge inefficace non farebbe sorgere l'obbligo – a pena di irricevibilità del ricorso – di impugnare un atto che non inciderebbe direttamente sul diritto del ricorrente, che invece decorrerebbe solo dalla conferma o meno della aggiudicazione disposta con il secondo provvedimento che effettivamente lederebbe il diritto del ricorrente.

Nel caso in esame, l'attuale appellante aveva nei termini impugnato il secondo provvedimento, *“l'aggiudicazione dichiarata definitiva”*, per cui sarebbe evidente l'errore nel quale sarebbe incorso il TAR.

1.§.2. L'erroneità della sentenza risulta ancora più marcata ove si consideri che la valutazione della violazione dei diritti spettanti al ricorrente non poteva che essere basata sulla effettiva conoscenza dei punteggi assegnati dalla Commissione di gara in ordine ai vari elementi di comparazione. Documentazione di cui il ricorrente era venuto a conoscenza solo dopo aver reiterato una serie di richieste di accesso agli atti che l'Amministrazione aveva negato fino a quando non era stata costretta a provvedere a seguito di un apposito ricorso presentato avverso tale rifiuto.

La sentenza si sarebbe basata soltanto su una ricerca del tutto semantica, senza preoccuparsi affatto della situazione verificatasi, dato che il secondo provvedimento – quello impugnato dall'attuale appellante – conteneva la seguente frase significativa ed illuminante: *“Potrà essere proposto ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione avanti al TAR di Latina entro trenta giorni dal ricevimento della presente comunicazione”*, assunto pienamente rispettato dal ricorrente che aveva presentato il ricorso – poi dichiarato irricevibile – entro tale termine. Pertanto, sarebbe stato il comportamento ostativo dell'Amministrazione Appaltante, ai limiti del dolo, ad indurre volontariamente in errore il ricorrente per impedirgli di far valere i suoi diritti.

1.§.3. Entrambi i profili sono privi di pregio.

In linea generale con riferimento al primo profilo si deve ricordare che, come è noto, sulla concorde spinta delle stazioni appaltanti e delle associazioni delle imprese e delle maestranze, la necessità di accelerare al massimo la definizione dei contenziosi in materia di appalti e di certezza, ha comportato che l' art. 32 del d.lgs. n. 50 del 2016 – al fine di assicurare con la massima celerità la certezza delle

situazioni giuridiche ed imprenditoriali – ha del tutto eliminato la tradizionale categoria della “aggiudicazione provvisoria”, ma distingue solo tra:

-- la “proposta di aggiudicazione”, che è quella adottata dal seggio di gara, ai sensi dell'art. 32, co.5, e che ai sensi dell'art. 120, co. 2-*bis* ultimo periodo del codice del processo amministrativo non costituisce provvedimento impugnabile;

-- la “aggiudicazione” *tout court* che è il provvedimento conclusivo di aggiudicazione e che diventa efficace dopo la verifica del possesso dei requisiti di cui all'art. 33, co. 1 del cit. d.lgs. n. 50 della predetta proposta da parte della Stazione Appaltante.

In tale sistemica, la verifica dei requisiti di partecipazione è dunque una mera condizione di efficacia dell'aggiudicazione e non di validità in quanto attiene sotto il profilo procedimentale alla “*fase integrativa dell'efficacia*” di un provvedimento esistente ed immediatamente lesivo, la cui efficacia è sottoposta alla condizione della verifica della proposta di aggiudicazione di cui al cit. art. 33 circa il corretto espletamento delle operazioni di gara e la congruità tecnica ed economica della relativa offerta.

Anche alla luce dei precedenti della Sezione (cfr. *infra multis*: Cons. Stato sez. V, 01.08.2018, n.4765), quindi, del tutto esattamente il TAR ha eccepito l'inammissibilità dell'appello perché il termine per impugnare l'aggiudicazione ex art. 32, co. 5 del d. lgs. n.50 ed ex art. 120, co. 2-*bis* c.p.a. decorre dalla comunicazione della stessa.

Il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione da parte dei concorrenti non aggiudicatari inizia a decorrere dal momento in cui essi hanno ricevuto la comunicazione di cui all'art.76, co. 5, lett. a), d.lgs. n.50/2016, e non dal momento, eventualmente successivo, in cui la Stazione Appaltante abbia concluso con esito positivo la verifica del possesso dei requisiti di gara in capo all'aggiudicatario.

L'aggiudicazione come sopra definita, dato che da un lato fa sorgere in capo all'aggiudicatario un'aspettativa alla stipulazione del contratto di appalto *ex lege* subordinata all'esito positivo della verifica del possesso dei requisiti, dall'altro produce nei confronti degli altri partecipanti alla gara un effetto immediato, consistente nella privazione definitiva, salvo interventi in autotutela della Stazione Appaltante o altre vicende comunque non prevedibili né controllabili, del “*bene della vita*” rappresentato dall'aggiudicazione della gara.

Nel caso particolare, dunque, come risulta espressamente dal suo contenuto letterale, l'Amministrazione con la determina n.154 del 15.9.2017:

- aveva provveduto all'approvazione delle operazioni di gara;
- aveva aggiudicato alla Soc. Cialone Tour spa con un punteggio totale di 86.01 (punteggio offerta tecnica 49.48 + punteggio offerta economica 36.53) e offerto un prezzo di € 125.941,93;
- aveva precisato che l'aggiudicazione definitiva sarebbe divenuta efficace dopo la verifica dei requisiti e che il contratto non poteva essere sottoscritto prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima comunicazione del provvedimento di aggiudicazione.

Nella fattispecie in esame la “aggiudicazione” della gara era stata trasmessa con PEC del 21.09.2017 a tutte le ditte che avevano partecipato alla gara con espresso rinvio alla relativa determina pubblicata, come prescritto, nella sezione “Amministrazione trasparente” del sito web dell'Amministrazione Comunale cui erano allegati tutti i verbali.

A tale riguardo si ricorda che l'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a. espressamente collega il decorso del termine per impugnare i provvedimenti di ammissione e di esclusione alle procedure di gara alla pubblicazione dei relativi verbali sul profilo del committente, ai sensi dell'art. 29, co. 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (cfr. Cons. Stato, sez. III, 20.03.2018, n. 1765).

In definitiva dunque in base alla normativa vigente, il termine decadenziale doveva essere computato a partire dalla comunicazione PEC del 21.09.2017.

In tale situazione appare dunque inesatto che la prima comunicazione fosse stata comunque inidonea ad integrare l'effettiva conoscenza dell'appellante dei punteggi assegnati dalla Commissione di gara in ordine ai vari elementi di comparazione tra le due offerte, in quanto sia la determina che i relativi verbali erano stati ritualmente pubblicati sul sito del Comune in data 17.09.2017 dove erano (e sono tutt'ora) liberamente consultabili.

In relazioni alle considerazioni che precedono, è infine comunque del tutto inconferente l'inserzione nella seconda comunicazione, della ricorribilità "avverso il provvedimento di aggiudicazione avanti al TAR di Latina".

In linea di principio si osserva che la seconda comunicazione non è astrattamente inutile, ma è diretta ad assicurare la possibilità che, successivamente alla verifica dell'aggiudicazione, il ricorrente che abbia già impugnato l'aggiudicazione faccia luogo all'impugnazione della mancata esclusione dell'aggiudicatario, necessaria a pena di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse ai sensi dell'art. 35, co. 1, lett. c), c.p.a. (cfr. Cons. Stato, sez. V, 01.02.2019, n. 815; Cons. Stato, sez. V, 03.04. 2018, n. 2039; *id.*, 28.03.2018, n. 1935; *id.*, 23.12.2016, n. 5445; *id.*, 25.02.2016, n. 754; *id.*, 01.04.2015, n. 1714; *id.*, 23.04.2014, n. 2063; *id.*, 19.07.2013, n. 3940).

Nel caso particolare, poi, si deve rilevare che le eventuali erronee indicazioni contenute nel provvedimento non possono consentire di porre nel nulla l'intervenuto superamento dei termini decadenziali per l'introduzione del ricorso anche solo ai fini dell'errore scusabile, per la fondamentale considerazione della condizione di soggetto professionale degli operatori economici che concorrono alle gare.

In conclusione, il motivo è complessivamente infondato e deve essere respinto.

La sentenza impugnata è dunque del tutto esente dalle dedotte mende.

2.§. In conseguenza delle precedenti considerazioni deve essere conseguentemente disatteso il secondo motivo con cui si lamenta che il TAR non avrebbe deliberato i motivi del ricorso di primo grado che l'appellante ha riproposto in questa sede.

Infatti, come è noto, la declaratoria di irricevibilità per tardività del gravame preclude al giudice l'esame del merito dei motivi su cui il ricorrente fonda la domanda di annullamento.

Di qui l'esattezza anche sul punto della decisione impugnata.

3.§. In conclusione, l'appello è complessivamente infondato e deve essere respinto.

Le spese, secondo le regole generali, seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando:

1. Respinge l'appello, come in epigrafe proposto.
2. Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente giudizio in favore del Comune di Trivigliano che vengono liquidate in € 2.000,00 oltre agli accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

Raffaele Prospero, Consigliere

L'ESTENSORE
Umberto Realfonzo

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO