

Pubblicato il 14/10/2021

N. 03101/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00497/2021 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 497 del 2021, proposto da OMISSIS srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Natale Bonfiglio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

- il Comune di Raccuja, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Ferdinando Pinto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- ASMEL Consortile Soc. Cons. arl, non costituita in giudizio;

***nei confronti***

della ditta OMISSIS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Massimiliano Mangano e Lucia Interlandi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per l'annullamento,***

*previa misura cautelare,*

1. della determina del Comune di Raccuja n. 472 del 4 dicembre 2020, con la quale sono stati approvati i verbali di gara della procedura negoziata indetta per l'affidamento dei lavori di adeguamento alle norme sismiche di sicurezza, igiene ed agibilità, della scuola elementare e media "San Sebastiano" (C.I.G. 83946593C1), ed è poi stato aggiudicato l'appalto in via definitiva all'impresa OMISSIS quale migliore offerta non anomala;

2. di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, inclusi:

2.1. la lettera d'invito / bando di gara e il disciplinare di gara nelle parti specificate in ricorso;

2.2. i verbali di gara e la proposta di aggiudicazione specificati in ricorso.

2.3. gli altri atti specificati in ricorso, incluso l'atto non conosciuto con il quale è stata disposta la consegna anticipata dei lavori in mancanza della previa stipula del contratto d'appalto;

nonché per la declaratoria di inefficacia del consequenziale (non conosciuto) eventuale contratto d'appalto per l'esecuzione dei precitati lavori, ove stipulato tra il Comune di Raccuja e l'impresa aggiudicataria;

nonché per il risarcimento del danno in forma specifica, anche previa caducazione degli effetti del contratto di appalto e/o declaratoria della relativa inefficacia, anche previo accertamento e declaratoria del diritto della società ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto per cui è causa ed al relativo subentro, e la consequenziale condanna del Comune di Raccuja all'aggiudicazione dell'appalto ed alla stipula del relativo contratto con l'odierna ricorrente che si dichiara pronta a subentrare nel contratto di appalto ove già stipulato con l'operatore economico aggiudicatario odierno controinteressato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Raccuja e dell'impresa OMISSIS;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2021 il dott. Diego Spampinato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

La società ricorrente, con ricorso notificato il 29 marzo 2021 e depositato lo stesso giorno, espone:

- a) di aver partecipato alla gara d'appalto indetta con procedura negoziata *ex art. 36, comma 2, lett. c – bis*), del D lgs. 50/2016, da aggiudicare secondo il criterio del prezzo più basso, per l'esecuzione dei lavori di adeguamento alle norme sismiche di sicurezza, igiene ed agibilità della Scuola elementare e media San Sebastiano, C.I.G. 83946593C1, con importo a base d'asta di euro 674.474,00 oltre euro 25.526,00 per oneri interferenziali della sicurezza;
- b) che, con verbale di gara telematica del 1 ottobre 2020, la commissione di gara proponeva l'aggiudicazione alla ditta odierna controinteressata;
- c) che non seguiva alcuna comunicazione dell'aggiudicazione *ex art. 76 del D lgs. 50/2016*;
- d) che, con sentenza del giorno 11 febbraio 2021, n. 16, la Corte Costituzionale dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 della L.R. Siciliana 19 luglio 2019, n. 13;
- e) di aver, con nota in data 12 marzo 2021, trasmesso al Comune di Raccuja istanza di accesso agli atti;
- f) che tale istanza di accesso è stata riscontrata dal Comune in data 18 marzo 2021 mediante nota con cui si trasmetteva la determina n. 472 del 4 dicembre 2020, di

aggiudicazione definitiva dei lavori di cui si tratta, determina da cui si evinceva che la ditta odierna controinteressata era stata dichiarata aggiudicataria proprio in adesione alla proposta di aggiudicazione di cui al citato verbale di gara del 1 ottobre 2020, che era stato approvato con la medesima determina, e di cui costituiva parte integrante, e che la comunicazione dell'aggiudicazione *ex art. 76* del D. lgs. 50/2016 era stata effettuata solamente alla prima e alla seconda graduata.

Affida quindi il ricorso ai seguenti motivi.

1. Sul mancato consolidamento del provvedimento di aggiudicazione e sulla tempestività del ricorso. Non avendo la stazione appaltante resistente comunicato all'odierna ricorrente la determina di aggiudicazione, in violazione dell'*art. 76* del D. lgs. 50/2016, e della lettera d'invito/bando di gara che aveva pure prescritto detta comunicazione all'indirizzo mail PEC inserito nella scheda anagrafica, il termine per l'impugnazione, secondo quanto chiarito dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 2 luglio 2020, n. 12, decorrerebbe dal dì della comunicazione del provvedimento di aggiudicazione se i vizi sono ravvisabili dallo stesso, come sarebbe avvenuto nel caso di specie; sicché nel caso di specie il termine decorrerebbe dal 18 marzo 2021, data in cui sarebbe stata comunicata la determina di aggiudicazione.

2. Violazione degli articoli 36 e 97 del D. lgs. 50/2016 e s.m.i. e dell'*art. 4* della L.R. Siciliana n. 13/2019 e s.m.i.; l'*art. 4* della L.R. 13/2019 non sarebbe applicabile alla procedura per cui è causa, atteso che esso sarebbe stato applicabile alle sole procedure ordinarie individuate dal codice degli appalti, con la conseguenza che l'unica norma applicabile ai fini dell'individuazione della soglia di anomalia sarebbe l'*art. 97* del D. lgs. 50/2016.

3. In via subordinata: secondo profilo di illegittimità della lettera d'invito / bando e del disciplinare di gara sotto il profilo della violazione degli articoli 36 e 97, comma 2 *bis*, del D. lgs. 50/2016 e s.m.i. per effetto dell'illegittimità costituzionale dell'*art. 4* della L.R. Siciliana n. 13/2019 e s.m.i. Essendo stato l'*art. 4* della L.R. 13/2019

dichiarato illegittimo dalla citata sentenza della Corte costituzionale n. 16/2021, e trattandosi di un rapporto giuridico non esaurito, essendo nel caso di specie non ancora decorso il termine per impugnare gli esiti della gara, alla procedura per cui è causa avrebbe dovuto essere applicato il criterio di individuazione della soglia di anomalia di cui al citato art. 97, comma 2 *bis*; conseguentemente, tutta la procedura di gara, a partire dalla lettera d'invito / bando e dal disciplinare di gara, sarebbe illegittima e dovrebbe essere annullata.

La società ricorrente offre quindi, quale conseguenza delle illegittimità denunciate con il secondo ed il terzo motivo di ricorso, una propria valutazione sugli esiti della valutazione di congruità delle offerte, da cui risulterebbe che – applicandosi le norme che assume essere state violate – essa sarebbe risultata aggiudicataria.

Chiede quindi che:

- gli atti impugnati siano, previa sospensione cautelare, annullati o dichiarati nulli;
- che il Comune intimato venga condannato: a) alla rideterminazione della soglia di anomalia nel rispetto della disciplina recata dall'art. 97, comma 2 *bis*, del D. lgs. 50/2016 ed alla proposta di aggiudicazione e, poi, alla successiva aggiudicazione dell'appalto della gara in suo favore, salvo che questo TAR non ritenga di poter aggiudicare direttamente l'appalto, per effetto del calcolo matematico indicato in ricorso, e, quindi, dell'automatismo, scevro da discrezionalità, scaturente dalla disciplina ritenuta applicabile; b) al subentro nel non conosciuto contratto d'appalto, ove esso fosse stato stipulato, previa declaratoria della relativa inefficacia; c) il tutto, con vittoria di spese, competenze ed onorari di lite, oltre accessori.

Il Comune intimato si è costituito, spiegando difese; in particolare ha eccepito: a) l'irricevibilità del ricorso perché proposto oltre il termine di 30 giorni, decorrente dalla pubblicazione degli atti di gara; b) l'inammissibilità del ricorso per indeterminatezza del *petitum*, atteso che la società ricorrente sembrerebbe ritenere viziata, per effetto dell'indebito richiamo della legge dichiarata incostituzionale,

L'intera procedura di gara, nello stesso tempo, ritenendo invece, che vada annullata non l'intera procedura, ma esclusivamente il criterio che ha determinato l'aggiudicazione, chiedendo la semplice correzione degli atti di gara.

Con ordinanza 15 aprile 2021, n. 201, la domanda cautelare è stata rigettata; l'appello cautelare è stato anch'esso rigettato con ordinanza del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana del 7 maggio 2021, n. 310.

L'impresa controinteressata si è costituita successivamente alla fase cautelare, spiegando difese; in particolare ha eccepito l'irricevibilità del ricorso perché proposto oltre il termine di 30 giorni, decorrente dalla pubblicazione della determinazione di aggiudicazione n. 472 del 4 dicembre 2020, effettuata in data 29 gennaio 2021 sul sito del Comune di Raccuja nella sezione "Amministrazione trasparente".

All'udienza pubblica del 6 ottobre 2021 la causa è stata trattata e trattenuta per la decisione.

In via preliminare, in accoglimento dell'eccezione di controparte, ogni altra eccezione assorbita, il ricorso va dichiarato irricevibile.

In punto di fatto, giova al riguardo precisare che:

- il Comune resistente ha depositato, in data 12 aprile 2021, due attestazioni a firma de "Il Responsabile della pubblicazione", da cui emerge la pubblicazione all'Albo del Comune: a) del verbale di gara, a decorrere dal 5 ottobre 2020; b) del provvedimento di approvazione del verbale e aggiudicazione, a decorrere dal 10 dicembre 2020;

- il Comune resistente ha depositato, in data 14 settembre 2021, un'attestazione, a firma de "Il Responsabile dell'Area Tecnica/RUP" e de "L'Addetto alla pubblicazione", relativa a questa gara ed alla consimile procedura, i cui esiti sono oggetto del giudizio registrato al n. 476/2021 Reg. ric. di questo TAR Sicilia – Catania, in cui si legge: «...*gli esiti delle gare, con elenco delle imprese partecipanti e dell'impresa*

*aggiudicataria sono stati pubblicati in AMMINISTRAZIONE TRASPARENTE del Comune di Raccuja in data 29/01/2021...»;*

- risulta pubblicato sul sito del Comune resistente – Sezione “Amministrazione trasparente” (visionabile al seguente link: [https://www.comuneraccuja.it/appalti\\_scheda.php?id=127&menu=Lavori%20di%20ADEGUAMENTO%20ALLE%20NORME%20SISMICHE,%20DI%20SICUREZZA,%20IGIENE%20ED%20AGIBILITA%27%20SCUOLA%20ELEMENTARE%20E%20MEDIA%20SAN%20SEBASTIANO](https://www.comuneraccuja.it/appalti_scheda.php?id=127&menu=Lavori%20di%20ADEGUAMENTO%20ALLE%20NORME%20SISMICHE,%20DI%20SICUREZZA,%20IGIENE%20ED%20AGIBILITA%27%20SCUOLA%20ELEMENTARE%20E%20MEDIA%20SAN%20SEBASTIANO)) l’avviso inerente l’aggiudicazione della gara all’impresa odierna controinteressata, riportante – nella parte “versione stampabile della Scheda dettagli della procedura” – l’indicazione «...*Dati inseriti da Filippo Cappadona (Ufficio Tecnico) il 28-01-2021 alle 13:31:09 - Ultima modifica il 28-01-2021 alle 13:31:09...*».

Questo TAR Sicilia – Catania ha avuto recentemente modo di precisare come «...*l’Adunanza plenaria, con la sentenza n. 12/2020, ha stabilito che, per determinare il dies a quo per l’impugnazione, va riaffermata la perdurante rilevanza della “data oggettivamente riscontrabile”, cui ancora si riferisce il comma 5 dell’art. 120 citato. Tale data coincide: 1) con la pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell’art. 29 del d. lgs. n. 50 del 2016; 2) con la comunicazione e la pubblicità nelle forme individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati; 3) con la conoscenza dei documenti che completano l’offerta dell’aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell’ambito del procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta quando i motivi conseguano a esse, conoscenza avuta a seguito di proposizione dell’istanza di accesso agli atti di gara, che comporta la “dilazione temporale” (fissata in quindici giorni) per la proposizione del ricorso; 4) con la effettiva conoscenza degli atti, qualora l’Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l’accesso o impedisca con comportamenti dilatori l’immediata conoscenza degli atti di gara. L’Adunanza plenaria ha evidenziato, altresì,*

che, accanto ai doveri sulla trasparenza e sulla pubblicità previsti dagli artt. 29 e 76 del c.d. secondo codice, il sistema comporta obblighi di diligenza dell'impresa di consultare il "profilo del committente" e di attivarsi per l'accesso informale, obblighi che, per come sottolineato dalla stessa (v. punto 28.2 e 28.3), si rilevano anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE, la quale ha affermato la compatibilità comunitaria di un sistema di contenzioso sui contratti pubblici in cui il termine per impugnare inizi a decorrere da quando l'impresa ha avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza della presunta violazione delle disposizioni sull'evidenza pubblica (v., da ultimo, Corte di giustizia UE, sez. IV, 14 febbraio 2019, C-54/18, relativa ad altra fattispecie). 10. Orbene, alla luce dei superiori principi espressi dall'Adunanza plenaria e della documentazione in atti, la notificazione del ricorso intervenuta in data 14 aprile 2021 è tardiva, e ciò rispetto alla data del 2 febbraio 2021, momento nel quale per la ricorrente erano conoscibili gli atti impugnati ai sensi dell'art. 29 del "secondo codice" (come da attestazioni in atti relativa alla pubblicazione all'albo pretorio) [...]. D'altronde, non sono presenti elementi sulla base dei quali riscontrare in capo alla parte ricorrente il comportamento diligente richiesto all'impresa – aspetto, come si è detto, approfondito dall'Adunanza plenaria – in correlazione ai doveri di trasparenza e pubblicità della p.a. previsti dagli artt. 29 e 76 del c.d. secondo codice (circostanza, questa, che esclude ogni residua possibilità di concessione d'ufficio dell'errore scusabile), ciò in quanto parte ricorrente: - è operatore del settore che ben conosce le regole a presidio delle procedure di affidamento, dovendosi richiamare sul punto i principi di autoreponsabilità e di diligenza professionale connessi alla partecipazione di un operatore economico a una procedura di affidamento di contratti pubblici (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 4795/2020; sez. V, n. 1780/2020)...» (Sezione I, 9 giugno 2021, n. 1877). Il Collegio non ravvisa motivi per discostarsi dalle conclusioni cui questo TAR Sicilia – Catania è giunto con la citata sentenza 1877/2021.

Nel sistema delineato dall'Adunanza Plenaria, quindi, è utile a far decorrere il termine per impugnazione anche la pubblicazione generalizzata degli atti di gara, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del d. lgs. n. 50/2016;

A ciò giova aggiungere che l'Adunanza Plenaria 12/2020, pur rimarcando gli obblighi a carico della stazione appaltante, non ha mancato di precisare come «...28.3. Anche l'art. 2 quater della direttiva n 665 del 1989 e tale giurisprudenza inducono a ritenere che la sopra riportata normativa nazionale vada interpretata nel senso che il termine di impugnazione degli atti di una procedura di una gara d'appalto non può che decorrere da una data ancorata all'effettuazione delle specifiche formalità informative di competenza della Amministrazione aggiudicatrice, dovendosi comunque tenere conto anche di quando l'impresa avrebbe potuto avere conoscenza degli atti, con una condotta ispirata alla ordinaria diligenza. 29. In altri termini e in sintesi, l'Adunanza Plenaria ritiene che – ai fini della decorrenza del termine di impugnazione - malgrado l'improprio richiamo all'art. 79 del 'primo codice', ancora contenuto nell'art. 120, comma 5, del c.p.a. – rilevano: a) le regole che le Amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare in tema di 'Informazione dei candidati e degli offerenti' (ora contenute nell'art. 76 del 'secondo codice'); b) le regole sull'accesso informale (contenute in termini generali nell'art. 5 del d.P.R. n. 184 del 2006), esercitabile – anche quando si tratti di documenti per i quali la legge non prevede espressamente la pubblicazione - non oltre il termine previsto dall'art. 76, prima parte del comma 2, del 'secondo codice'; c) le regole (contenute nell'art. 29, comma 1, ultima parte, del 'secondo codice') sulla pubblicazione degli atti, completi dei relativi allegati, 'sul profilo del committente', il cui rispetto comporta la conoscenza legale di tali atti, poiché l'impresa deve avere un comportamento diligente nel proprio interesse...».

Nel caso di specie, gli atti impugnati della procedura risultano essere stati pubblicati all'Albo del Comune nelle date indicate nelle attestazioni depositate dal Comune in data 12 aprile 2021, e l'avviso circa l'aggiudicazione risulta essere stato pubblicato nella Sezione "Amministrazione trasparente" del Comune il 28 gennaio 2021 (secondo la citata indicazione riportata nella parte "versione stampabile della Scheda dettagli della procedura") ovvero, al più, il giorno successivo 29 gennaio 2021 (secondo la citata attestazione depositata in data 14 settembre 2021); risulta altresì

che la società ricorrente ha presentato istanza per accedere agli atti in data 12 marzo 2021.

Sembra di poter dire, a tenore degli atti depositati, che nella Sezione “Amministrazione trasparente” del Comune non siano stati pubblicati gli atti di gara (ma solo il relativo avviso), atti invece pubblicati all’Albo digitale del Comune.

Al riguardo, ritiene il Collegio che non sia necessario effettuare istruttoria, essendo le pubblicazioni effettuate comunque sufficienti a garantire alla società ricorrente la conoscenza idonea a far decorrere il termine di impugnazione.

Il momento da cui far decorrere il termine per impugnare, nel caso di specie, va infatti ritenuto decorrere dalla pubblicazione dell’avviso sull’aggiudicazione sul sito del Comune – Sezione “Amministrazione trasparente”.

E ciò, anche laddove gli atti non fossero pubblicati su tale Sezione “Amministrazione trasparente”.

Ora, in disparte la circostanza che gli atti risultano – a tenore delle citate attestazioni depositate in data 12 aprile 2021 – essere stati precedentemente pubblicati all’Albo del Comune (circostanza comunque ritenuta dalla richiamata e condivisibile sentenza 1877/2021 utile alla decorrenza del termine), e seppure nella complessità delle regole che si applicano alle comunicazioni inerenti le procedure di gara, l’Adunanza Plenaria ha posto in rilievo come l’impresa partecipante sia comunque tenuta ad una condotta ordinariamente diligente (punto 28.3: «...*dovendosi comunque tenere conto anche di quando l’impresa avrebbe potuto avere conoscenza degli atti, con una condotta ispirata alla ordinaria diligenza...*»).

Tali insegnamenti, trasfusi nella vicenda che ci occupa, consentono di ritenere che la società ricorrente, operatore professionale del settore, attraverso il ricorso ad una forma di ordinaria diligenza, ben avrebbe potuto venire a conoscenza dell’esistenza degli atti impugnati in una data che le avrebbe consentito di proporre tempestivamente il ricorso.

Infatti, a tenore delle risultanze di cui si è dato conto, quanto meno dal 28 o 29 gennaio 2021 – data di pubblicazione (quanto meno) dell’avviso circa l’aggiudicazione nella Sezione Amministrazione trasparente – sarebbe infatti stata in grado di presentare istanza di accesso agli atti che, invece, ha proposto solo in data 12 marzo 2021.

Al riguardo, condivisibile giurisprudenza ha avuto modo di precisare come «...*In linea generale, la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la dilazione temporale per il ricorso quando i motivi conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta (Cons. Stato, Ad. Pl. n. 12 del 2020). Pacifico che tale principio non possa tuttavia comportare la dilazione sine die del termine di impugnazione a fronte della eventuale scelta dell'interessato di proporre l'istanza di accesso anche molto tempo dopo il provvedimento lesivo...*» (TAR Campania – Salerno, 26 aprile 2021, n. 1051).

In altri termini: se anche la pubblicazione dell’avviso in data 28 (o 29) gennaio 2021 non avesse soddisfatto i criteri di cui all’art. 29 del codice dei contratti (criterio di conoscibilità ritenuto dalla citata sentenza 12/2020, punti 26 e 32, lettere *a*) e *d*), idoneo a far decorrere il termine per l’impugnazione dell’aggiudicazione), l’impresa, a fronte della pubblicazione di tale avviso, non avrebbe nemmeno potuto rimanere inerte in attesa della pubblicazione degli atti, atteso che ciò comporterebbe la dilazione *sine die* del termine di impugnazione, comportamento che appare incongruo con le esigenze di celerità che governano il settore degli appalti pubblici, ben potendo proporre tempestivamente istanza di accesso ai sensi dell’art. 76 del codice dei contratti.

La società ricorrente ha invece presentato tale istanza di accesso a distanza di oltre 40 giorni dalla pubblicazione dell’avviso sull’aggiudicazione sul sito del Comune – Sezione “Amministrazione trasparente”.

La complessità delle norme che governano il settore giustifica la compensazione delle spese fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione staccata di Catania (Sezione II), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara irricevibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Brugaletta, Presidente

Diego Spampinato, Consigliere, Estensore

Salvatore Accolla, Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Diego Spampinato**

**IL PRESIDENTE**  
**Francesco Brugaletta**

IL SEGRETARIO