

APPALTI - PROCESSO - TERMINE DI IMPUGNAZIONE - ACCESSO AGLI ATTI - PIENA CONOSCENZA DEL CONTENUTO DELL'ATTO - INCREMENTO DEL TERMINE PER UN NUMERO DI GIORNI NECESSARIO ALL'ACCESSO - NON E' CONSENTITO

Non è possibile consentire al concorrente di procrastinare *ad libitum* l'accesso e far decorrere, poi, dal suo concreto esercizio il termine per impugnare gli atti di una pubblica gara; resta fermo l'onere, per il privato, di attivarsi prontamente, specie nel settore degli appalti pubblici, per accedere ai documenti relativi al provvedimento lesivo.

Il termine di trenta giorni opera senza deroghe con riferimento al provvedimento di aggiudicazione definitiva, che il concorrente dovrà impugnare con il ricorso introduttivo; il tempo che il privato ha impiegato per l'esercizio del diritto di accesso, invero, non può valere quale immotivata proroga del termine di legge né può addebitarsi all'Amministrazione.

TAR Sicilia, Catania - Sez. IV, sentenza n. 3605/2020

Publicato il 28/12/2020

**N. 03605/2020 REG.PROV.COLL.
N. 01311/2020 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia
sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1311 del 2020, proposto da Sicurtransport S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Fulvio Ingaglio La Vecchia e Provvidenza Tripoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Ministero della Giustizia (Dipartimento dell'Organizzazione giudiziaria, del Personale e Servizi – Direzione generale delle risorse materiali e delle tecnologie - Procura della Repubblica presso il Tribunale Di Ragusa), in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso *ope legis* dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catania, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

della New Guard S.r.l. Unipersonale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Bivona e Marianna Capizzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento:

- del verbale della seduta di gara del 17 febbraio 2020, nella parte in cui ammette la New Guard;

- del verbale della seduta del 21 febbraio 2020 nella parte in cui ammette la New Guard;
- del verbale della seduta riservata del 25 febbraio 2020 di valutazione dell'offerta tecnica della New Guard;
- del verbale della seduta del 2 marzo 2020 di apertura dell'offerta economica;
- dell'aggiudicazione definitiva della gara emessa in data 25 giugno 2020;
- nonché di tutti gli atti presupposti, connessi, consequenziali o, comunque, collegati;
- della nota prot. n. m_dg.DOG./27/11/2019.0214749.U del Ministero della Giustizia - Dipartimento dell'organizzazione giudiziaria, del personale e dei servizi – Direzione Generale delle Risorse materiali e delle Tecnologie, di trasmissione del provvedimento di autorizzazione all'acquisto e determina a contrarre prot. n. m_dg.DOG.27/11/2019.0013104ID, allo stato misconosciuti nel loro contenuto;

e per l'accoglimento della domanda

di conseguire l'aggiudicazione in proprio favore della gara, e la stipula del relativo contratto e nell'ipotesi che il medesimo sia già stato stipulato

nonché

per la declaratoria di inefficacia del contratto, con espressa istanza e dichiarazione di disponibilità al subentro nello stesso ex artt. 121, 122 e 124, del D.lgs. 104/2010 c.p.a.;

nonché

per le subordinate ipotesi, in cui non venissero conseguite l'aggiudicazione ed il contratto o, in caso di parziale inefficacia del contratto o di parziale affidamento od esecuzione del servizio da parte dell'illegittimo aggiudicatario, per l'accoglimento della domanda di condanna della P.A. al risarcimento per equivalente monetario dei danni subiti e *subendi* derivanti alla ricorrente dai provvedimenti impugnati, che si indica nel 15% dell'importo a base d'asta del contratto (10% per lucro cessante e 5% per del danno curricolare di qualificazione e perdita di chances), ovvero nella maggiore o minor somma che risulterà in corso di giudizio, con espressa riserva di ulteriormente dedurre, precisare e comprovare, ed in ogni caso oltre interessi legali e rivalutazione monetaria trattandosi di debito di valore nonché maggior danno ai sensi dell'art. 1224, c. 2, c.c..

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove nelle more stipulato;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia e della New Guard S.r.l. Unipersonale;

Viste le memorie difensive e i documenti delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2020, svoltasi in modalità telematica, in videoconferenza ai sensi dell'art. 25 D.L. n. 137 del 2020, il dott. Emanuele Caminiti;

FATTO

Con RDO n. 2490856 e Lettera d'Invito del 15.1.2020, il Ministero della Giustizia – Procura della Repubblica di Ragusa indiceva sul MEPA una procedura finalizzata all'affidamento del “*Servizio di vigilanza armata al Palazzo di Giustizia di Ragusa per il periodo di 18 mesi*”, per un importo a base d'asta di € 630.430,00 da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – rapporto qualità/prezzo rispettivamente di 70 a 30.

Alla procedura selettiva partecipavano diverse imprese tra cui l'odierna ricorrente, la Sicurtransport srl e la controinteressata-aggiudicataria, New Guard.

A seguito delle operazioni di selezione, veniva disposta l'aggiudicazione in via provvisoria (vedi verbale del 2 marzo 2020) in favore della New Guard, con punti 93,88, seguita dalla Sicurtransport con un punteggio di 91,78.

In data 3 marzo 2020, la ricorrente presentava istanza d'accesso volta a conoscere (rectius prendere visione ed estrarne copia) la documentazione amministrativa, tecnica ed economica dell'aggiudicataria.

L'Amministrazione procedente riscontrava l'istanza d'accesso accogliendo, da un lato, la domanda, ma solo relativamente alla documentazione amministrativa, e, dall'altro, invece, rigettandola quanto alla documentazione relativa alla offerta economica e tecnica della controinteressata-aggiudicataria in quanto ritenuta ammissibile solo al momento dell'aggiudicazione definitiva, così come previsto dalla normativa in materia.

In data 25 giugno 2020, veniva disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della New Guard e detto provvedimento veniva comunicato alla ricorrente.

Successivamente, in data 7 luglio 2020, la ricorrente presentava alla stazione appaltante istanza di accesso (agli atti di gara) con specifico riferimento alla documentazione dell'aggiudicataria, New Guard.

L'odierna ricorrente, prendeva visione degli atti richiesti in data 11 agosto 2020.

Con ricorso notificato il 14 settembre 2020, la Sicurtransport impugnava l'ammissione e l'aggiudicazione della gara deducendo un'indebita influenza per le dichiarazioni mendaci rilasciate dalla aggiudicataria, poiché quest'ultima avrebbe "falsamente" dichiarato la piena disponibilità della c.d. "Piattaforma Easy Plan" che, in realtà, non possedeva al momento della partecipazione alla gara.

Con atto del 29 settembre 2020, si costituiva in giudizio il Ministero della Giustizia che contestava tutto quanto chiesto, dedotto ed eccepito dalla ricorrente e con memoria del 5 ottobre 2020 rappresentava la correttezza dell'operato della stazione appaltante e concludeva per il rigetto del ricorso e dell'istanza di sospensiva con vittoria di spese.

Con memoria del 6 ottobre 2020, la controinteressata New Guard eccepiva l'irricevibilità del ricorso per tardività e nel merito deduceva comunque l'infondatezza del ricorso atteso che la stessa era legittimamente in possesso della tecnologia offerta in gara e che ha permesso l'aggiudicazione.

All'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2020, svoltasi in modalità telematica, in videoconferenza, ai sensi dell'art. 25 del D.L. 137/2020, la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

In via preliminare il Collegio è chiamato ad esaminare l'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività della notificazione, sollevata da entrambe le parti intimiate nel presente giudizio.

In particolare, il ricorso introduttivo essendo stato notificato in data 14 settembre 2020, a fronte della comunicazione del provvedimento di aggiudicazione (ex art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016) intervenuta in data 25 giugno 2020, sarebbe tardivo e, quindi, irricevibile (ai sensi dell'art. 35, comma 1, lett. a), c.p.a.) per non essere stato rispettato il termine di decadenza di trenta giorni (previsto dall'art. 120, comma 5, c.p.a.).

Quest'ultima disposizione normativa (ossia l'art. 120, comma 5, cod. proc. amm.) – come è noto - prevede che: "*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*".

L'art. 79 cit., al comma 5, 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.

Il comma 5bis precisa che: "*La comunicazione è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lettera c)* [le caratteristiche e i vantaggi

dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto o delle parti dell'accordo quadro, n.d.s.] e fatta salva l'applicazione del comma 4; l'onere può essere assolto nei casi di cui al comma 5, lettere a), b) e b-bis), mediante l'invio dei verbali di gara, e, nel caso di cui al comma 5 lettera b-ter) mediante richiamo alla motivazione relativa al provvedimento di aggiudicazione definitiva, se già inviato".

Ricostruito il quadro normativo di riferimento, il Collegio osserva che la questione sottoposta all'esame è relativa al "se" e "in che modo" il tempo necessario per ottenere l'accesso agli atti della procedura di gara incida sul termine (e, dunque, sul relativo calcolo) dei trenta giorni previsti dalla disposizione normativa.

La difesa di parte ricorrente ha, al riguardo (già nel ricorso introduttivo del giudizio del 14 settembre 2020), invocato i principi di diritto enunciati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 16/2020 del 2/7/2020, e in particolare, quello enucleato alla lettera c) secondo cui:

"c) la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso 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".

Il Collegio ritiene errata l'applicazione del suddetto principio di diritto (così come operata dalla ricorrente) nel caso di specie.

Il Decidente, infatti, prendendo le mosse da quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui 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, ritiene che tale termine (dei trenta giorni per impugnare) vada incrementato di un numero di giorni (che sono stati necessari) per l'effettiva conoscenza dei documenti stessi (*ex multis*, Cons. Stato n. 2190/2019 richiamata in atti dalla controinteressata, che richiama 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; Cons. Stato, sez. III, 6 marzo 2019, n. 1540; sez. III, 14 gennaio 2019, n. 349; sez. V, 5 febbraio 2018, n. 718; sez. III, 22 luglio 2016, n. 3308).

In altre parole, il termine per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione decorre sempre dal momento della comunicazione, ma deve essere incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto (che si ritenga) leso dall'aggiudicazione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di legittimità ove questi non siano oggettivamente evincibili dalla richiamata comunicazione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 20 settembre 2019, n. 6251).

Non è possibile, invero, consentire alla concorrente di procrastinare *ad libitum* l'accesso e far decorrere, poi, dal suo concreto esercizio il termine per impugnare gli atti di una pubblica gara; resta fermo l'onere, per il privato, di attivarsi prontamente, specie nel settore degli appalti pubblici, per accedere ai documenti relativi al provvedimento lesivo.

Una diversa soluzione, che ammettesse un differimento del termine per impugnare senza precisi limiti temporali, esporrebbe l'azione amministrativa (ispirata soprattutto nel settore dei pubblici appalti ad esigenze di celerità e certezza) all'inconveniente di poter essere in ogni tempo sindacata in sede giurisdizionale semplicemente differendo l'accesso agli atti di gara (vedi TAR Sicilia –Palermo n. 2404 del 16 ottobre 2019).

In conclusione, il termine di trenta giorni di cui al citato comma 5 opera senza deroghe con riferimento al provvedimento di aggiudicazione definitiva, che il concorrente dovrà impugnare con il ricorso introduttivo; il tempo che il privato ha impiegato per l'esercizio del diritto di accesso, invero, non può valere quale immotivata proroga del termine di legge né può addebitarsi all'Amministrazione.

Come correttamente osservato dalla giurisprudenza sopra richiamata (sempre T.A.R. Palermo, Sez. II, 16 ottobre 2019, n. 2404 ripresa da T.A.R. Lazio n. 3550/2020), facendo leva sul principio di "normale diligenza" che deve sempre contraddistinguere la condotta del privato ricorrente, "ogni eventuale giorno di ritardo del concorrente non aggiudicatario che intenda accedere agli atti deve essere computato, a suo carico, sul termine complessivamente utile per proporre gravame"; in altre parole, al termine ordinario di 30 giorni occorrerà sottrarre i giorni che ha impiegato la PA per consentire l'accesso agli atti (termine non a carico del privato) e allo stesso tempo "aggiungere i giorni "a carico" del ricorrente, pari ossia al tempo impiegato tra la comunicazione di aggiudicazione e la domanda di accesso". Non assumendo, invece, - come vorrebbe suggerire la ricorrente - la data dell'ostensione come *dies a quo* dal quale far decorrere l'intero termine decadenziale normativamente previsto (di 30 giorni).

Ne deriva che la "dilazione temporale" (cui fa riferimento l'Adunanza Plenaria n. 12 del 2 luglio 2020), come è evidente si traduce in una sorta di sospensione *iussu iudicis* in base al quale il termine decadenziale breve (di trenta giorni) "si sospende" di un numero di giorni pari a quelli che si sono resi necessari per acquisire la piena conoscenza degli atti (mediante accesso e tanto proprio sulla base di quanto a suo tempo auspicato dalla stessa Corte di Giustizia UE con sentenza della Sezione V, 12 marzo 2015, n. 538).

Tanto premesso, nel caso di specie è dato riscontrare per tabulas che:

- il *dies a quo* per la proposizione del ricorso decorreva dal giorno successivo all'avvenuta comunicazione del 25 giugno, e dunque da giorno 26 giugno;
- la ricorrente, Sicurtransport, presentava istanza di accesso in data 7 luglio 2020, dunque, dodici (12) giorni dopo la possibilità di proporre istanza di accesso;
- il termine così si sospendeva da giorno 8 luglio 2020 sino al momento in cui l'Ente avrebbe soddisfatto la richiesta di accesso avvenuta il 15 luglio 2020, data nella quale la Stazione appaltante metteva a disposizione la documentazione richiesta;
- il termine riprendeva il suo corso fino al 31 luglio 2020;
- dopo operava la sospensione feriale "estiva", come è noto sospende il periodo da giorno 1 agosto a giorno 31 agosto 2020;
- il termine di trenta giorni scadeva dunque giorno 2 settembre 2020;
- il ricorso notificato il 14 settembre 2020 è tardivo rispetto all'aggiudicazione del 25 giugno 2020, risultando notificato ben oltre il 30° giorno (ed esattamente il 42° giorno) avendo calcolato a vantaggio di Sicurtransport la sospensione tra il 7.7.2020 ed il 14.7.2020 ed il periodo di sospensione feriale dei termini processuali dal 1 agosto al 31 agosto 2020.

In altre parole, il termine di trenta giorni nella fattispecie in esame va così calcolato:

- da giorno 25 giugno 2020 fino al 7 luglio 2020 per un totale di 12 giorni;
- da giorno 15 luglio 2020 fino al 31 luglio 2020 per un totale di 16 giorni;
- da giorno 31 agosto 2020 fino al 2 settembre 2020 per un totale di 2 giorni;
- entro la data del 2 settembre il ricorso sarebbe stato tempestivo;
- di contro il ricorso è stato notificato il 14 settembre 2020 ossia il 42° giorno.

Nel caso di specie, alla luce dei principi appena esposti, il ricorso risulta tardivamente proposto. Va comunque rilevato che a identiche conclusioni si giungerebbe laddove si intendesse far decorrere il termine per agire dal giorno della pubblicazione dell'aggiudicazione definitiva sul profilo committente della Stazione appaltante (avvenuta il 30 giugno 2020).

In questo caso, infatti, andrebbero computati cinque (5) giorni in più a favore della ricorrente; tuttavia, anche in questo caso il ricorso (notificato il 14 settembre) sarebbe da considerare tardivo in quanto notificato il 37° giorno dalla conoscenza dei provvedimenti.

In conclusione il ricorso va dichiarato irricevibile.

La parziale novità della questione trattata giustifica la compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

La presente sentenza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2020, svoltasi in modalità telematica, in videoconferenza, ai sensi dell'art. 25 del D.L. n. 137/2020, con l'intervento dei magistrati:

Federica Cabrini, Presidente

Maurizio Antonio Pasquale Francola, Referendario

Emanuele Caminiti, Referendario, Estensore