

**Massima:** *Tempestività dell'impugnazione.*

**Sentenza CONSIGLIO DI STATO n. 5661 del 02/10/2018**



**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3593 del 2018, proposto dalla società Gruppo Servizi Associati s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca De Pauli, Luca Mazzeo, Luca Ponti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luca Mazzeo in Roma, via Eustachio Manfredi, n. 5;

**contro**

l'Università degli Studi di Brescia, in persona del Rettore *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è elettivamente domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Il Cerchio Soc. Coop. Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Nadia Corà e Guido Paratico, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Guido Paratico presso il Registro PEC della Giustizia;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Lombardia, Sezione di Brescia, Sez. I, n. 461 del 2018;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi Brescia e della Il Cerchio Soc. Coop. Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 luglio 2018 il Cons. Dario Simeoli e uditi per le parti l'avvocato Luca De Pauli, l'avvocato Luca Mazzeo, l'avvocato Giulio Bellini, in delega degli avvocati Nadia Corà e Guido Paratico, e l'avvocato dello Stato Stigliano Messuti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## **FATTO**

1.– L'Università degli Studi di Brescia, con bando pubblicato in data 11 ottobre 2017, indicava una procedura aperta, da espletarsi mediante procedura telematica, per l'affidamento del servizio di custodia e portierato presso le residenze universitarie per il periodo dal 1° aprile 2018 al 31 ottobre 2020, rinnovabile per ulteriori 12 mesi, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50.

Quale condizione di partecipazione era prevista (dal paragrafo III.1.1 del bando) l'abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, inclusi i requisiti relativi all'iscrizione nell'albo professionale o registro commerciale, prevista a pena di esclusione.

L'elenco degli ammessi veniva comunicato a tutti i concorrenti in data 29 novembre 2017 via PEC tramite la piattaforma telematica Sintel.

Nella graduatoria finale del 27 febbraio 2018, la cooperativa sociale Il Cerchio si collocava al primo posto con 91,02 punti, mentre la società Gruppo Servizi Associati s.p.a. risultava seconda, con 89,28 punti.

Con il provvedimento del 12 marzo 2018, l'appalto veniva definitivamente aggiudicato alla cooperativa sociale Il Cerchio.

1.1.– Con ricorso notificato il 6 aprile 2018 (proposto al TAR per la Lombardia, Sezione di Brescia), la società Gruppo Servizi Associati s.p.a. impugnava l'ammissione della controinteressata unitamente all'esito della gara, sostenendo che la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere la cooperativa sociale Il Cerchio per mancanza del requisito dell'idoneità professionale, in quanto l'iscrizione nel registro delle imprese di quest'ultima non sarebbe stata coerente con le attività oggetto della gara.

2.– Il TAR, con la sentenza n. 46 del 2018, dopo aver respinto l'eccezione preliminare di irricevibilità, respingeva il ricorso.

3.– La società GSA s.p.a. ha quindi proposto appello avverso la sentenza del TAR, riproponendo sostanzialmente le censure poste a fondamento del ricorso di primo grado.

4.– L'Università degli Studi di Brescia si è costituita in giudizio, chiedendo che l'appello sia dichiarato infondato, ed ha proposto altresì un appello incidentale avverso il capo di sentenza che ha rigettato l'eccezione di tardività.

5.– All’esito della camera di consiglio del 31 maggio 2018, la Sezione – *«rilevato che, allo stato degli atti ed all’esito di una valutazione della documentazione prodotta nel giudizio di primo grado e nella sede di appello, non emergono elementi utili a sostenere la domanda di sospensione dell’efficacia della sentenza di primo grado, proposta dalla società appellante, in particolare sotto il profilo della non evidente fondatezza delle censure dedotte con l’atto di appello»* – ha respinto l’istanza di sospensione cautelare.

6.– All’esito dell’udienza pubblica del 19 luglio 2018, la causa è stata discussa ed è stata trattenuta per la decisione.

## **DIRITTO**

1.– Ritiene la Sezione che l’appello incidentale proposto dall’Università degli Studi Brescia sia fondato, sicché, in riforma della sentenza appellata, il ricorso di primo grado va dichiarato irricevibile.

1.1.– Il giudice di prime cure ha respinto l’eccezione di tardività del ricorso, rilevando quanto segue. *«12. Per quanto riguarda il problema della tempestività dell’impugnazione, occorre interpretare la disciplina speciale dell’art. 120 comma 2-bis c.p.a. in relazione alle regole sulla pubblicazione degli atti di gara ex art. 29 comma 1 del d.lgs. 50/2016. Di qui la necessità di distinguere il caso in cui un concorrente impugni la propria esclusione e il caso in cui sia impugnata l’ammissione di altri partecipanti alla gara.*

*13. Nella prima ipotesi, la pubblicazione dell’esclusione nel sito della stazione appaltante può costituire piena conoscenza del contenuto dell’atto, in combinazione con le informazioni di cui il concorrente è già in possesso in quanto estensore dell’offerta, e provoca quindi la decorrenza del termine di impugnazione.*

*14. Nella seconda ipotesi, invece, la semplice pubblicazione della notizia dell’ammissione non produce piena conoscenza, e dunque determina soltanto l’onere per i concorrenti di attivarsi per verificare la sussistenza di eventuali cause di esclusione a carico dei soggetti ammessi. In base all’art. 29 comma 1 del D.lgs. 50/2016 la stazione appaltante è tenuta ad accelerare i tempi di impugnazione mettendo a disposizione immediatamente tutta la documentazione sul proprio sito, tramite accesso riservato. Il medesimo risultato può essere ottenuto rispondendo in modo preciso alle richieste di autotutela, se formulate senza il supporto della documentazione.*

*15. Non è sufficiente a far decorrere immediatamente il termine di impugnazione il fatto che l’accesso ai documenti sia reso possibile in forma aggregata, senza un ordine o delle ripartizioni in grado di associare un concorrente a una specifica serie di documenti. In realtà, la stazione appaltante, nel predisporre i percorsi all’interno del proprio sito, deve preoccuparsi di creare le predette associazioni, fornendo così implicitamente una traccia delle ragioni dell’ammissione, e rendendo evidente che non vi sono stati fraintendimenti o errori materiali. Se questo metodo viene seguito, non sono ammissibili istanze formulate dai concorrenti per invitare la stazione appaltante a chiarire la propria posizione. Quando invece questo metodo non venga rispettato, è necessario riconoscere ai concorrenti una facoltà di interlocuzione, e un ulteriore intervallo per elaborare le informazioni, evitando la proposizione di ricorsi al buio o incompleti.*

*16. È vero, d’altra parte, che i concorrenti, una volta ottenuto l’elenco dei soggetti ammessi, non possono indugiare troppo in attesa dell’esito della gara, perché in questo modo, rallentando l’accesso alla documentazione sui requisiti di partecipazione, finirebbero per trasformare le cause di esclusione in motivi di impugnazione dell’aggiudicazione. Occorre quindi stabilire un punto di*

*equilibrio, individuando, nelle singole procedure di gara, il tempo ragionevolmente necessario per accedere alla documentazione contenente eventuali cause di esclusione degli altri concorrenti.*

*17. Nello specifico, tenendo conto del rinvio generico ai documenti inserito nella comunicazione del 29 novembre 2017, e vista la rapidità dei lavori della commissione giudicatrice, si può ritenere che la sovrapposizione tra l'impugnazione dell'ammissione della controinteressata e l'impugnazione del risultato della gara sia più una conseguenza delle circostanze che un tentativo di eludere il termine tassativo ex art. 120 comma 2-bis c.p.a. Il ricorso può dunque essere considerato tempestivo».*

Le argomentazioni del TAR non sono condivisibili.

*1.2.– Ai sensi dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a.: «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».*

Il richiamato art. 29, comma 1, secondo periodo, del d.lgs. n. 50 del 2016 (come modificato dall'articolo 19, comma 1, del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56), stabilisce che: *«[a]l fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali. Entro il medesimo termine di due giorni è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale o strumento analogo negli altri Stati membri, di detto provvedimento, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. Il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione [...] Fatti salvi gli atti a cui si applica l'articolo 73, comma 5, i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente».*

Dalla lettura delle disposizioni sopra riportate, emerge come l'onere di immediata impugnativa dell'altrui ammissione alla procedura di gara, senza attendere l'aggiudicazione, sia subordinato alla sola formalità della pubblicazione degli atti della procedura (Consiglio di Stato, sez. V, 3 aprile 2018, n. 2045 e n. 2079).

Nel caso di specie, l'elenco degli ammessi è stato pubblicato in data 27 novembre 2017 sul sito dell'Amministrazione «[www.unibs.it](http://www.unibs.it)» ed è stato anche comunicato in pari data via PEC tramite la piattaforma telematica Sintel.

Con tale comunicazione non solo veniva inoltrato il documento inerente agli ammessi e gli esclusi, ma veniva altresì specificato il link alla piattaforma SINTEL attraverso il quale era possibile «accedere alla procedura e ai relativi documenti», specificando che «eventuali allegati alla presente mail sono disponibili sulla piattaforma Sintel. Per visionarli e/ o scaricarli è necessario accedere con la propria utenza a Sintel».

Mediante il link della piattaforma Sintel il singolo concorrente poteva verificare l'esito dell'ammissione e i relativi documenti digitando sulla casella "dettagli", casella distinta per ciascun concorrente ammesso e non ammesso.

1.3.– In ragione di quanto sopra rilevato, l'impugnazione dell'ammissione della controinteressata, pubblicata in data 27 novembre 2017, unitamente alla graduatoria finale del 27 febbraio 2018 (gravata per soli vizi di illegittimità derivata), risulta tardiva, essendo il ricorso di primo grado stato notificato in data 6 aprile 2018.

2.– La reiezione per motivi di rito del ricorso di primo grado comporta il necessario assorbimento delle questioni di merito riproposte con l'appello principale.

Cionondimeno, il Collegio rileva che comunque risultano infondate le censure riproposte in questa sede.

2.1.– Secondo l'appellante – essendo stata prevista a pena di esclusione l'abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, con i connessi requisiti relativi all'iscrizione nell'albo professionale o registro commerciale (paragrafo III.1.1 del bando) – l'Amministrazione avrebbe dovuto disporre l'esclusione della cooperativa sociale Il Cerchio per mancanza del requisito dell'idoneità professionale, in quanto la sua iscrizione nel registro delle imprese non sarebbe stata coerente con le attività oggetto della gara.

In senso contrario, va rilevato che - in considerazione delle prestazioni contrattuali oggetto dell'appalto, e in particolare del servizio di custodia, portierato e servizi connessi presso le residenze dell'università, per il cui svolgimento non è richiesto dall'ordinamento alcun requisito legale di abilitazione - ai fini dell'ammissione era sufficiente verificare la congruenza contenutistica tra le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa, come riportate nell'iscrizione alla Camera di Commercio, e l'oggetto del contratto d'appalto.

Su queste basi, emerge dalla documentazione in atti come tra le attività della cooperativa rientrassero anche le attività di portierato, di custodia, di guardiania e di lavanderia, poste a gara.

3.– Per le ragioni che precedono, in accoglimento dell'appello incidentale, il ricorso di primo grado va dichiarato irricevibile, oltre che infondato.

Le spese del secondo grado di giudizio seguono la soccombenza, secondo la regola generale.

### **P.Q.M.**

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

- accoglie l'appello incidentale dell'Università degli Studi di Brescia e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, dichiara irricevibile il ricorso di primo grado, oltre che infondato;

- condanna l'appellante principale al pagamento delle spese del secondo grado di lite, che si liquidano in €2.000 in favore dell'Amministrazione appellata e in €4.000,00 in favore della società aggiudicataria, oltre IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2018, con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Dario Simeoli**

**IL PRESIDENTE**

**Luigi Maruotti**