

Publicato il 27/06/2022

N. 05232/2022REG.PROV.COLL.
N. 01885/2022 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1885 del 2022, proposto dalla società Ge.Se.Sa. Gestione Servizi Sannio s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluca Brancadoro e Carlo Mirabile, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Carlo Mirabile in Roma, via Brenta, n. 2.A;

contro

la società R.D.R. s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Parisi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

della società Appalti e Servizi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sede di Napoli (sezione sesta), n. 951 dell'11 febbraio 2022, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Rdr s.p.a. recante contestuale appello incidentale;

Viste le memorie difensive e in replica depositate dalla parte appellante in data 30 maggio 2022 e 3 giugno 2022, e dalla parte intimata in data 27 maggio 2022 e 3 giugno 2022.

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 giugno 2022 il consigliere Michele Conforti e lette le istanze di passaggio in decisione depositate dagli avvocati Gianluca Brancadoro, Carlo Mirabile e Antonio Parisi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Giungono all'esame del Consiglio di Stato l'appello proposto dalla società Ge.se.sa, in data 3 marzo 2022, e l'appello incidentale proposto dalla società R.d.r. s.p.a., in data 31 marzo 2022, avverso la sentenza del T.a.r. per la Campania, sede di Napoli, n. 951 del 11 febbraio 2022.

2. La società R.d.r. ha impugnato la determinazione prot. n. 25805 del 20.09.2021 del r.u.p. di Ge.se.sa. con la quale si è aggiudicato alla società "Appalti e Servizi" s.r.l. il contratto riguardante l'*"Accordo Quadro per il Servizio di Manutenzione Programmata Manutenzione Ordinaria e Straordinaria e Pronto Intervento a Servizio delle Apparecchiature Elettriche, Elettromeccaniche e Idrauliche installate negli impianti dei siti gestiti da GESESA Spa ricadenti nel distretto Calore-Irpino - CIG: 87818747AD"*, per un importo pari a € 413.777,01, al netto del ribasso offerto del 18,00 % oltre I.V.A. come per legge, unitamente agli altri atti del procedimento di evidenza pubblica.

3. La società Ge.se.sa. s.p.a. è una società mista, a prevalente capitale privato, operante nel ciclo integrato dell'acqua è affidataria in forza di Convenzione della gestione del servizio idrico integrato del Comune di Benevento e di altri Comuni della Provincia.

3.1. Con la lettera di invito del 4 giugno 2021, la società, nella sua qualità di stazione appaltante, ha avviato una procedura competitiva in modalità telematica per la selezione del soggetto con il quale stipulare un Accordo Quadro per *“l’esecuzione dei lavori e di servizi di manutenzione programmata, manutenzione ordinaria e straordinaria, pronto intervento a servizio delle apparecchiature elettriche, elettroniche, elettromeccaniche ed idrauliche installate negli impianti idrici, fognari e di depurazione di competenza della GESESA S.p.A. ricadenti nel distretto Calore Irpino”*, mediante il criterio di aggiudicazione del minor prezzo.

3.2. Nel disciplinare è previsto al punto 1.7 che alla procedura di selezione *“potranno partecipare esclusivamente i soggetti che avranno ricevuto l’invito a presentare offerta e che risultino qualificati nell’ambito dell’Albo Fornitori GESESA – Acea, per la tipologia “manutenzione attrezzature” e/o “manutenzione apparecchiature elettromeccaniche” e/o “lavori impianti elettrici e termici” avendo attestato il possesso dei relativi requisiti”*.

3.3. Risulta poi previsto, al punto 3 del disciplinare, il necessario possesso delle qualificazioni *“SOA OG6”*, *“OS 22”* e *“OS 30”* e il possesso negli ultimi 3 anni di un fatturato globale e di un fatturato minimo specifico realizzato mediante la prestazione di servizi nel settore oggetto di appalto pari ad Euro 500.000.

3.4. Alla gara hanno preso parte due società: la società *“Appalti e Servizi” s.r.l.* e la società *R.d.r. s.p.a.*

3.5. Dopo lo svolgimento delle operazioni di gara, con la determinazione del r.u.p. prot. n. 25805 del 20 settembre 2021, è stata quindi disposta l’approvazione della graduatoria provvisoria e, per l’effetto, l’aggiudicazione dell’accordo quadro in favore di *“Appalti e Servizi” s.r.l.*

3.6. In data 22 settembre 2021 e con un successivo sollecito inviato in data 6 ottobre 2021, la società *R.d.r.* ha chiesto alla stazione appaltante l’esibizione di tutta la documentazione prodotta in fase di gara da parte della società *“Appalti e Servizi” s.r.l.*, risultata aggiudicataria.

3.7. La determinazione di aggiudicazione è stata inviata a tutti i partecipanti, in data 23 settembre 2021.

3.8. Ad ottobre 2021, la stazione appaltante ha quindi proceduto con la stipulazione del contratto con Appalti e servizi.

4. In data 3 marzo 2022, la società R.d.r. s.p.a. ha proposto ricorso, domandando l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva e chiedendo espressamente il subentro nel contratto o, in subordine, il risarcimento del danno.

4.1. Con il primo motivo di ricorso, la R.d.r. ha impugnato il provvedimento rilevando la violazione dell'art. 3 del disciplinare di gara che richiedeva che i concorrenti dimostrassero di aver realizzato *“con esito positivo, negli ultimi tre anni antecedenti la data di pubblicazione del bando di gara, servizi nel settore oggetto dell'appalto, per un importo almeno pari ad €. 500.000,00”*.

La società aggiudicataria non avrebbe comprovato questo requisito, allegando un contratto inerente ad un appalto di lavori e non di manutenzione di impianti, per giunta relativo ad una categoria, quella “OG1”, diversa da quella presa in considerazione dal bando “OG6”.

4.2. Con il secondo motivo di ricorso, si censura l'aggiudicazione perché sarebbe stato illegittimo l'atto di gara che ha valutato positivamente il contratto di avvalimento prodotto dalla controinteressata, in quanto l'avvalimento non sarebbe permesso per questa tipologia di lavori.

Inoltre, *“comunque, la certificazione riguarda solo formalmente “l'intero assetto organizzativo dell'impresa che ha consentito l'acquisizione della certificazione” allorché il compenso è pari a solo il 2% del valore dell'appalto”*.

4.3. Con il terzo motivo di ricorso, si censurano gli atti impugnati, evidenziandosi che l'aggiudicataria si sarebbe qualificata mediante un contratto di avvalimento soltanto formalmente valido, in quanto l'ausilio di tipo operativo sarebbe stato prestato da una società – la Unyon Consorzio stabile - priva dei mezzi offerti all'avvalente.

Si soggiunge che *“ove si fosse inteso fruire delle risorse e dei mezzi di uno o più consorziati, il contratto di avvalimento avrebbe dovuto specificamente indicare degli operatori, ex art. 47 comma 2 C.C.P., con ogni conseguente onere dichiarativo, al fine di consentire alla stazione appaltante di condurre quelle verifiche”* che invece sarebbero mancate.

4.4. La ricorrente domandava altresì il subentro nell'appalto, previa caducazione del contratto *medio tempore* stipulato, o, in subordine, il risarcimento del danno, quantificato nell'utile che si sarebbe conseguito, oltre al danno c.d. curriculare.

4.5. Si è costituita in giudizio la stazione appaltante la quale ha eccepito l'irricevibilità del ricorso per tardività e ha poi resistito nel merito all'impugnazione altrui, mentre non si è costituita la controinteressata aggiudicataria del contratto.

5. Con la sentenza n. 951 dell'11 febbraio 2022, il T.a.r. per la Campania ha accolto il ricorso e ha condannato alle spese del giudizio la stazione appaltante.

5.1. Segnatamente, il T.a.r.:

a) ha respinto l'eccezione di tardività del ricorso introduttivo, in quanto:

a.1) *“i motivi di censura si appuntano sul contenuto dell'offerta dell'aggiudicataria che è stato possibile conoscere compiutamente solo all'esito dell'accesso agli atti effettuato in data 3.11.2021, data rispetto alla quale il ricorso – notificato il 15.11.2021 - è tempestivo”*;

a.2) non è dimostrato che nel corso della seduta del 14 luglio 2021 la società ricorrente abbia avuto modo di avere conoscenza degli atti dell'aggiudicataria;

b) ha accolto il primo motivo di ricorso, in quanto il disciplinare di gara richiede la realizzazione, negli ultimi tre anni, di *“servizi nel settore oggetto dell'appalto”* per un importo pari almeno a 500.000,00 euro, mentre:

b.1) la ditta ha provato il requisito attraverso un contratto di subappalto (che il T.a.r. indica come “c”) stipulato in data 6 aprile 2018 e, dunque, antecedentemente al triennio decorrente a ritroso dalla pubblicazione del bando avvenuta in data 4 giugno 2021, e per un ammontare di euro 150.000,

inferiore all'importo di euro 500.000,00, sicché si è ritenuto che si potesse prescindere *“dal verificare se il contratto riguardi “servizi” o “lavori” coerenti con quelli richiesti dal bando”*;

b.2) quanto ai contratti indicati come “b” e “c”, la categoria OG11, il cui possesso è stato comprovato dall'aggiudicataria, comprende le categorie specialistiche OS3, OS28 e OS30, mentre il bando richiede le categorie OG6 oltre alle categorie OS22 e OS30 e, dunque, non v'è perfetta coincidenza;

b.3) i due contratti “b” e “c” riguardano “lavori edili” nella categoria OG1 e non, invece, servizi di manutenzione di impianti tecnologici come richiesto dal capitolato di gara

c) ha comunque esaminato il secondo motivo di impugnazione, respingendolo, in quanto *“le certificazioni di qualità sono suscettibili di avvalimento purché l'impresa ausiliaria metta a disposizione dell'impresa ausiliata tutta la propria organizzazione aziendale comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che complessivamente considerate hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità”* e *“non merita condivisione la doglianza di parte ricorrente nella parte in cui contesta l'esiguità del compenso per la messa a disposizione dell'intera organizzazione aziendale”*, trattandosi di una valutazione, infatti, sconfinata nel sindacato di libere scelte imprenditoriali;

d) ha comunque esaminato il terzo motivo di impugnazione, respingendolo, in quanto:

d.1) il numero di dipendenti impiegato nel contratto di avvalimento è inferiore a quello indicato nella visura;

d.2) è ben possibile che il Consorzio, dotato di numerose qualificazioni (si veda, ancora, la visura in atti), si avvalga di collaborazioni esterne o di altre forme contrattuali nel caso in cui assuma delle commesse di talché il mero dato del numero dei dipendenti al 30.6.2021 non sarebbe, in ogni caso, sufficiente a dimostrare la tesi della parte ricorrente.

6. Avverso la sentenza di primo grado la stazione appaltante ha proposto appello principale, mentre la società ricorrente in primo grado ha proposto

appello incidentale.

6.1. Con il primo motivo di appello (esteso da pagina 13 a pagina 15), la stazione appaltante si duole del mancato accoglimento dell'eccezione di irricevibilità. Si contesta l'erroneità della sentenza per aver omissis di considerare che ove la società avesse partecipato alla seduta del 14 luglio 2021 avrebbe potuto immediatamente percepire la lesività degli atti e che già in quella seduta la stazione appaltante avrebbe potuto consentire l'accesso alla documentazione prodotta dalla controparte.

6.2. Con il secondo motivo di appello, la stazione appaltante si duole, articolando tre distinte censure (da pag. 15 a pag. 22), dell'accoglimento del primo motivo di ricorso rilevando che *“i requisiti ritenuti insussistenti non erano previsti a pena di esclusione”* e comunque *“la società aggiudicataria ne era... in possesso”*.

6.3. Con la memoria difensiva del 27 maggio 2022, la società seconda classificata R.d.r. ha, dapprima, contro dedotto sull'appello principale e, poi, ha impugnato, in via condizionata, i capi della sentenza che hanno respinto il secondo e il terzo motivo del ricorso di primo grado.

6.3.1. Con il terzo mezzo dell'impugnazione incidentale, invece, la società si duole dell'omessa pronuncia del T.a.r. sulla declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato dalla stazione appaltante e della mancata dichiarazione di subentro.

6.4. Sia l'appellante che l'appellata hanno depositato ulteriori scritti difensivi, anche in replica.

7. All'udienza del 16 giugno 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

8. L'appello principale è fondato e va accolto.

8.1. Con il primo motivo di appello, la società Ge.se.sa. fa valere la tardività del ricorso introduttivo del giudizio.

8.2. Si premette che, sui profili relativi al momento iniziale del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale, questo Consiglio ha statuito che *“il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla 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” e che *“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”* (Cons. Stato, Ad. plen., 2 luglio 2020, n. 12).

8.2.1. Il *dictum* è stato ulteriormente puntualizzato in successive e recenti pronunce nelle quali si è chiarito, in particolare, che, in base ai principi sanciti dall'Adunanza plenaria, *“l'interessato non può essere onerato di un ricorso al buio, da proporre comunque entro il termine di decadenza anche quando non vi siano in quel momento vizi ravvisabili negli atti di gara”* e, tuttavia, la medesima fondamentale pronuncia *“Non dice però che alla regola generale per cui i vizi dell'atto amministrativo si devono far valere nel termine di decadenza vi sia un'eccezione, ovvero, in ipotesi, che, una volta individuato un vizio che si può immediatamente far valere con un ricorso principale, come avvenuto nel caso di specie, si possa essere rimessi in termini per il ricorso principale stesso dalla successiva scoperta di vizi ulteriori, che invece si devono far valere con motivi aggiunti”* (Cons. Stato, sez. IV, sentenza 2 novembre 2021, n. 7292).

8.3. L'impostazione esegetica in esame risulta confermata dalla Corte costituzionale, la quale pronunciandosi sulla legittimità costituzionale dell'art. 120 c.p.a., ha evidenziato che il termine per la proposizione dei motivi aggiunti decorre non dalla ricezione della comunicazione di aggiudicazione, ma, quanto ai vizi non percepibili in precedenza, dal momento dell'effettiva conoscenza degli atti di gara.

8.3.1. Per la Corte costituzionale l'art. 120, comma 5, c.p.a. *“è compatibile con un'interpretazione, come quella da ultimo seguita dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, secondo la quale il dies a quo per proporre il ricorso principale ed i motivi aggiunti decorre dalla comunicazione dell'aggiudicazione (salve le ulteriori ipotesi di decorrenza di altra natura, ed estranee al presente incidente di legittimità costituzionale), fermo il già*

descritto meccanismo di dilazione temporale per denunciare i vizi che emergano a seguito dell'accesso agli atti di gara".

8.3.2. La Corte costituzionale, per quel che qui interessa, ha puntualizzato che sono *"salve le ulteriori ipotesi di decorrenza di altra natura"* e ha altresì affiancato alla *"data in cui [la parte che intende agire in giudizio] ha preso conoscenza..."* dell'atto o del provvedimento ritenuto illegittimo e lesivo, anche quella in cui *"avrebbe potuto prendere conoscenza usando l'ordinaria diligenza"* (Corte costituzionale, sentenza 28 ottobre 2021, n. 204).

8.4. Principi analoghi si traggono anche in ambito sovranazionale dalle sentenze della Corte di giustizia, la quale ha, a sua volta, affermato che il diritto euro-unitario nella materia degli appalti pubblici *"esige che il termine per proporre ricorso decorra dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della illegittimità che intende denunciare"* (Corte di giustizia dell'Unione europea, 28 gennaio 2010, C-406/08, *Uniplex*).

8.5. In base ai principi passati in rassegna, risulta evidente come rilevi, per valutare la tempestività del ricorso di primo grado, la possibilità per la società ricorrente di venire a conoscenza dei vizi di legittimità dedotti avverso gli atti endoprocedimentali relativi alla qualificazione tecnica della società aggiudicataria in un momento anteriore rispetto a quella nel quale si è consentito l'accesso agli atti e si è ostesa la documentazione domandata.

8.5.1. In proposito, il Collegio evidenzia che, testualmente, il verbale della seduta di gara del 14 luglio 2021 indica fra la documentazione della società risultata aggiudicataria controllata durante quella seduta quella denominata *"1.8.7 Dichiarazione realizzazione negli ultimi tre anni (contratti di subappalto e relativa documentazione contabile)"*, consistente, per l'appunto, nei contratti con i quali l'aggiudicataria intendeva comprovare i requisiti richiesti dalla *lex specialis*.

8.5.2. Sempre testualmente, il medesimo verbale indica che *"Il SEGGIO, presa visione dei documenti pervenuti sulla piattaforma telematica, resa la consultazione degli stessi possibile alle imprese partecipanti, ritiene di sospendere la seduta alle ore 10:50 per*

poter visionare in maniera approfondita tutta la documentazione caricata dagli operatori economici”, chiarendo così che la documentazione era a disposizione delle parti.

8.5.3. Invero, al riguardo, la società R.d.r., ricorrente in primo grado e odierna appellata, rappresenta, nella sua memoria del 10 gennaio 2022, che *“mette conto stigmatizzare con assoluta chiarezza la falsità o, in ogni caso, la capziosità dell’argomento sostenuto da GESESA secondo cui ‘tutta la documentazione di gara, comprese le varie comunicazioni, inviate via pec ai partecipanti e a loro dirette, sono state sempre disponibili sul portale di GESESA e quindi facilmente conoscibili da parte di RDR”*”.

8.5.4. Tuttavia, in proposito, questo Collegio rileva che il verbale delle sedute delle c.d. gare di appalto, in ordine ai fatti in esso riportati, va qualificato come “atto pubblico” e, come tale, esso è fidefacente fino a querela di falso ai sensi degli artt. 2699 e 2700 c.c. (Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2012, n. 3351).

8.6. Da quanto sin qui evidenziato, consegue che la società ricorrente avrebbe potuto (o meglio dovuto) prendere conoscenza della documentazione comprovante la violazione della *lex specialis*, usando l’ordinaria diligenza, già a partire dalla seduta di gara del 14 luglio 2021, prendendo parte alla relativa seduta e consultando la documentazione depositata dalla concorrente.

8.7. Già in un precedente di questa sezione, si è avuto modo di stabilire che la concorrente abbia l’onere di partecipazione alle sedute della gara di appalto (Cons. Stato, sez. IV, 3 febbraio 2022, n. 768, §§ da 20 a 22.1.).

8.8. Le esigenze di snellimento e tempestività delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, cristallizzate nella disciplina del codice dei contratti pubblici (cfr. art. 30 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50) e in quella relativa ai rimedi giurisdizionali (cfr. art. 120 c.p.a.), non gravano soltanto sulla amministrazione procedente o sull’autorità giudiziaria chiamata a conoscere del relativo contenzioso, dovendosi invece, in attuazione del dovere di solidarietà economica gravante su ciascun consociato (art. 2 Cost.), ritenerle estese anche agli operatori economici partecipanti alle procedure di evidenza pubblica.

8.9. Il T.a.r. ha dunque errato nel non dichiarare irricevibile il ricorso di primo grado.

9. La declaratoria di irricevibilità preclude l'esame dell'appello incidentale e, in particolare, delle domande di inefficacia del contratto e di risarcimento del danno, in forma specifica e per equivalente.

10. In conclusione, dunque, l'appello proposto dalla società Ge.se.sa. va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado va dichiarato irricevibile il ricorso introduttivo del giudizio.

11. Nella novità della questione controversa il collegio ravvisa eccezionali ragioni, a mente del combinato disposto degli artt. 26 c.p.a. e 92 c.p.c., per compensare integralmente le spese del doppio grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso n.r.g. 1885/2022, accoglie l'appello principale, respinge l'appello incidentale e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, dichiara irricevibile il ricorso di primo grado.

Compensa le spese del doppio grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Alessandro Verrico, Consigliere

Giuseppe Rotondo, Consigliere

Michele Conforti, Consigliere, Estensore

Claudio Tucciarelli, Consigliere

L'ESTENSORE
Michele Conforti

IL PRESIDENTE
Vito Poli

IL SEGRETARIO