



[Indietro](#)

Publicato il 09/07/2018

N. 04180/2018REG.PROV.COLL.

N. 02524/2018 REG.RIC.



logo

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 2524 del 2018, proposto
da:

CDA Vending s.r.l., in persona del
legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato
Matteo Spatocco, con domicilio
eletto presso lo studio dell'avvocato
Fabrizio Paoletti in Roma, viale M.
Pilsudski, n. 118;

contro

Ministero dell'Istruzione
dell'Università e della Ricerca,

Educandato Statale SS. Annunziata,
in persona dei rispettivi legali
rappresentanti *pro tempore*,
rappresentati e difesi per legge
dall'Avvocatura Generale dello
Stato, domiciliata in Roma, via dei
Portoghesi, n. 12;

nei confronti

IVS Italia s.p.a, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato
Renato Perticarari, con domicilio
eletto presso lo studio dell'avvocato
Alfredo Placidi in Roma, via
Barnaba Tortolini, n. 30;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la
Toscana n. 1665 del 2017.

Visti il ricorso in appello e i relativi
allegati;

Visti gli atti di costituzione in
giudizio delle parti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del
giorno 17 maggio 2018 il Cons.
Giordano Lamberti e uditi per le

parti gli avvocati Attilio Barbieri, Matteo Spatocco e Attilio Biava, in sostituzione di Renato Perticarari; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - In data 5 giugno 2017, l'Educatore Statale SS. Annunziata ha indetto una procedura per l'affidamento del servizio di fornitura bevande calde, a cui ha partecipato la Società appellante (CDA Vending) e che si è conclusa con l'aggiudicazione alla società IVS Italia S.p.a.

2 - Con ricorso notificato il 20 ottobre 2017, CDA Vending ha impugnato gli atti di gara avanti il TAR per la Toscana, deducendo in particolare che l'aggiudicataria IVS Italia S.p.a. – in quanto gestore uscente - non avrebbe potuto prendere parte alla gara, per l'operatività del principio di rotazione, ed in quanto destinataria di una sanzione per condotta anticoncorrenziale.

2.1 – Con il medesimo ricorso, CDA Vending ha chiesto anche il risarcimento dei danni in ragione della condotta dell'Amministrazione, che ha provveduto tardivamente all'indizione della gara soltanto con la delibera n. 35 del 5 giugno 2017, nonostante la stessa Amministrazione avesse reso noto già in data 27 gennaio 2014 di indire una gara per l'affidamento del servizio di fornitura bevande calde per il biennio 1 aprile 2014 – 31 marzo 2016; così che, medio tempore, il servizio ha continuato ad essere gestito dalla precedente aggiudicataria (IVS Italia S.p.a.), anche a causa del fatto che la procedura di affidamento si è protratta per più anni a causa di due annullamenti in autotutela.

3 - Con sentenza n. 1665 del 2017 pubblicata in data 22 dicembre 2017, il TAR per la Toscana ha giudicato il ricorso inammissibile, per la mancata tempestiva

impugnazione dell'ammissione alla gara di IVS Italia s.p.a.

3.1 - La decisione si fonda sulle seguenti circostanze di fatto, dalle quali si desume la piena conoscenza dell'ammissione della controinteressata alla gara: a) la presenza del legale rappresentante di CDA Vending alle due riunioni tenutesi in data 3-4 agosto 2017, nelle quali è stata ammessa la partecipazione alla gara della controinteressata; b) l'avvenuta pubblicazione sul web della stazione appaltante, nella sezione "Amministrazione trasparente", sotto la voce "Bandi di gara e contratti" in data 4 agosto 2017, dell'esito della gara, ivi incluso il provvedimento di ammissione.

4 - L'appellante contesta tale statuizione, deducendo l'errore in cui sarebbe incorso il TAR nel punto in cui ha considerato comunque applicabile il rito super speciale di cui all'art. 120 comma 2 *bis* c.p.a., pur a fronte della inesistenza di un provvedimento

autonomo di ammissione dei concorrenti alla gara.

A sostegno della censura, ha argomentato nel senso che il cd. rito super-speciale trova applicazione solo nel caso espressamente previsto e cioè quando sia stato emanato il provvedimento di cui all'art. 29, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016, ovvero il provvedimento di ammissione.

5 - La censura è infondata, avendo il TAR correttamente valorizzato la presenza del legale rappresentante della ricorrente durante le sedute di gara dedicate all'apertura delle buste e alla formazione della graduatoria finale, come risulta dai 2 verbali di gara, di ammissione e di valutazione.

Non solo, l'ammissione delle Società partecipanti alla gara, pur non avendo interessato un distinto momento delle operazioni di gara, è stata oggetto di rituale pubblicazione, nel relativo settore e nell'apposita voce, sul sito web

dell'Amministrazione già in data 4 agosto 2017, ben prima dell'aggiudicazione definitiva.

6 - L'art. 120, comma 2 *bis*, del c.p.a. prevede che: *“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”*.

6.1 – Come già argomentato dalla giurisprudenza (*cf.* Cons. St. n. 1843 del 2018; Cons. St. 5870 del 2017), la disposizione in parola non implica l'assoluta inapplicabilità del generale principio sancito dagli artt. 41, comma 2 e 120, comma 5, ultima parte, del c.p.a., per cui, in difetto della formale comunicazione dell'atto - o, per quanto qui interessa, in mancanza di pubblicazione di un autonomo atto

di ammissione sulla piattaforma telematica della stazione appaltante - il termine decorre, comunque, dal momento dell'intervenuta piena conoscenza del provvedimento da impugnare, ma ciò a patto che l'interessato sia in grado di percepire i profili che ne rendano evidente la lesività per la propria sfera giuridica in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall'ordinamento processuale.

In altri termini, *“la piena conoscenza dell'atto di ammissione della controinteressata, acquisita prima o in assenza della sua pubblicazione sul profilo telematico della stazione appaltante, può dunque provenire da qualsiasi fonte e determina la decorrenza del termine decadenziale per la proposizione del ricorso”* (Cons. St. 5870 del 2017).

7 – Alla luce delle precisazioni che precedono, deve osservarsi che le circostanze atte a determinare l'esclusione della controinteressata – e cioè: il previo affidamento del medesimo servizio e la collegata violazione del principio di rotazione

e la comminazione della sanzione da parte dell'Antitrust valutabile alla stregua dell'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016– ben devono ragionevolmente ritenersi note già dalla prima seduta di gara, in cui era presente il legale rappresentante dell'appellante e durante le quali si è proceduto all'apertura delle buste.

7.1 - In particolare, nel verbale del 3 agosto 2017 si dà atto che la Busta A dovrà contenere la documentazione amministrativa, tra cui la domanda di partecipazione e le relative dichiarazioni. Ciò premesso, prima dell'apertura delle buste B e C, relative all'offerta tecnica ed economica, lo stesso verbale si esprime chiaramente per l'ammissione delle partecipanti attraverso la dicitura: *“ditte formalmente ammissibili?”*.

Nella successiva verbalizzazione, prima di passare alla apertura delle buste contenenti le offerte, è stata *“visionata la documentazione delle ditte partecipanti al bando, per prendere atto del relativo contenuto”*, concludendosi

nel senso che *“non risultano eventuali anomalie e/o cause per esclusione”*.

8 - Inoltre, come evidenziato anche dal TAR, gli atti di gara sono stati pubblicati sul sito dell'Amministrazione in data 4 agosto 2017.

Infatti, è stato prodotto in causa l'estratto della pagina WEB dell'Amministrazione dalla quale risulta l'effettiva pubblicazione degli atti di gara in data 4 agosto 2017. Non pare inficiare la significatività di tale documento il fatto che lo stesso rechi la data di stampa del 30 ottobre 2017, posto che nello stesso si legge inequivocabilmente come data di pubblicazione quella del 4 agosto, con il relativo numero di protocollo.

8.1 – Alla luce di tale emergenza probatoria, alcun rilievo può essere attribuito alle generiche doglianze dell'appellante circa la difficoltà di accedere al sito. In primo luogo, gli elementi portati a sostegno di tale assunto sono le sole comunicazioni inoltrate dalla stessa Società

all'Amministrazione, dunque, di esclusiva provenienza della parte che intende avvalersene; inoltre, in assenza di ulteriori riscontri oggettivi, le difficoltà di accesso della Società non provano necessariamente che la documentazione di gara non fosse pubblicata, né che il sito dell'Amministrazione non funzionasse correttamente.

9 – Alla luce delle considerazioni che precedono, sussistono dunque sufficienti indici tali da poter affermare che, ragionevolmente, la Società appellante doveva conoscere già in data 3 agosto (o quantomeno in data 4 agosto) la sussistenza dei motivi ostativi alla partecipazione da parte dell'aggiudicataria poi dedotti in causa; ne consegue che, nel caso concreto, l'applicazione dell'art. 120, comma 2 *bis*, D. Lgs. n. 104/2010 non ha violato in alcun modo i principi che governano i presupposti relativi alla proposizione del ricorso.

9.1 – Deve solo aggiungersi, per fugare i dubbi sollevati dall'appellante circa la legittimità del rito di cui all'art. 120 comma 2 *bis*, che questo Consiglio ha già messo in luce come l'intento del legislatore sia stato quello di definire prontamente la platea dei soggetti ammessi alla gara, sì da impedire censure incrociate “*sulla fase iniziale del procedimento selettivo (in particolare sull'ammissione alla gara)...una volta che questo sia giunto a conclusione* (Cons. Stato, commissione speciale, parere n. 885 dell'1 aprile 2016). Grazie a tale norma, emerge anticipatamente rispetto alla conclusione della gara, un distinto interesse che, comunque, rimane proprio e personale del concorrente, e quindi differenziato dall'interesse generale alla correttezza e trasparenza delle procedure di gara. In altri termini, accanto all'interesse sostanziale finale del soggetto economico, diretto all'aggiudicazione dell'appalto, l'ordinamento positivo contempla ora un interesse

strumentale– ma anche esso sostanziale – polarizzato sulla regolarità dellaprocedura di gara, in sé considerata, nella forma di un vero e proprio “diritto” dell’operatoreeconomico a competere secondo i criteri predefiniti dal legislatore (*cf.* Cons. St., Ad. Plen, 26 aprile 2018, n.4).

10 – L’intangibilità dell’aggiudicazione a favore di IVS Italia comporta l’insussistenza di ogni interesse dell’appellante all’eventuale accoglimento del motivo con il quale – attraverso “*un’azione di accertamento*” – intende determinare l’entità del canone come dalla stessa offerto, piuttosto che quello maggiore calcolato dall’Amministrazione. Al riguardo, è la stessa appellante a subordinare l’interesse rispetto a tale censura all’accoglimento degli altri motivi di ricorso, volti all’ottenimento dell’aggiudicazione.

11 - La cristallizzazione dell’esito della procedura comporta infine il rigetto della domanda risarcitoria

prospettata in relazione: “*all’indebito prolungamento dei tempi di indizione della nuova gara, che integra una illegittima proroga del contratto ed ha quindi prodotto effetti negativi sull’odierna ricorrente, posto che la stessa, per un periodo di tempo di durata assolutamente non irrilevante, si è vista preclusa la possibilità di un confronto concorrenziale all’esito del quale è poi risultata la migliore (dato che, per tutto quanto detto sub 1) e sub 2), la IVS Italia S.p.a. non avrebbe neppure potuto partecipare alla selezione)*”. Invero, stante l’inammissibilità del ricorso, IVS Italia conserva l’aggiudicazione, da cui il venir meno del presupposto – ovvero l’essere divenuta aggiudicataria – sul quale si basa la domanda dell’appellante.

12 – In definitiva, l’appello deve essere rigettato. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

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

rigetta l'appello e condanna l'appellante alla refusione delle spese di lite in favore della Società controinteressata e dell'Amministrazione appellata, liquidate, per ciascuna, in €3.000,00 oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Carbone, Presidente

Francesco Mele, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

Giordano Lamberti,

Consigliere, Estensore

Oswald Leitner, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Giordano Lamberti	Luigi Carbone

IL SEGRETARIO

© 2014 - giustizia-amministrativa.it

[Mappa del sito](#)

[Guida al sito](#)

[Regole di accesso](#) [Accessibilità](#)

[Condizioni di utilizzo](#) [Informativa privacy](#)