

TAR Campania – Salerno, Sez. Seconda, Sentenza n. 339 del 17 febbraio 2025

Appalti di lavori – Termine di impugnazione provvedimento di esclusione – Decorre dalla notizia in seduta di gara

Pubblicato il 17/02/2025

N. 00339/2025 REG.PROV.COLL.

N. 00183/2025 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 183 del 2025, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di (...), in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio sito in (...);

Centrale Unica di Committenza (...) – Ente Capofila Comune di (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dal professore avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio sito in (...);

per l'annullamento

1) della Determinazione n. 3 del Reg. del 15 gennaio 2025 del Responsabile del Servizio "Area Tecnica" del Comune di (...) recante «*Lavori di "Risanamento versante e sistemazione idrogeologica alla Località Ghirico". Presa d'atto determinazione n. 016 del 13 gennaio 2025 del Responsabile della CUC del (...) e dichiarazione di avvenuta efficacia dell'aggiudicazione in favore dell'impresa (...). CUP: (...) – CIG: (...)»;*

2) della Determina n. 16 del Reg. del 13 gennaio 2025 della Centrale Unica di Committenza del (...), recante «*Procedura telematica negoziata per l'affidamento in appalto dei lavori di "Risanamento versante e sistemazione idrogeologica alla Località Ghirico". CUP: (...) – CIG: (...), indetta dalla CUC del (...) per conto del Comune di (...). Aggiudicazione*», pubblicata sul portale telematico (...) in data 14 gennaio 2025;

3) della Comunicazione di aggiudicazione della medesima CUC del (...) pubblicata sul portale telematico (...) in data 14 gennaio 2025 e in pari data comunicata a mezzo pec alla ricorrente;

4) del Verbale di gara n. 2 – seduta pubblica del 25 ottobre 2024, pubblicato sul portale telematico (...) in data 15 gennaio 2025;

nonché

per l'accertamento del diritto della ricorrente, (...) S.r.l., a conseguire l'aggiudicazione e la sottoscrizione del contratto di appalto, con declaratoria d'inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato con la controinteressata e il subentro della ricorrente;

ovvero, in subordine,

in caso di impossibilità di subentro, per ottenere il risarcimento del danno per equivalente non inferiore all'utile dell'impresa pari al 10% dell'importo a base d'asta depurato del ribasso dell'odierna ricorrente, maggiorato di un ulteriore

importo per danno curriculare pari al 5% sull'importo a base d'asta.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione del Comune di (...), della Centrale Unica di Committenza del (...) e dell'impresa (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 febbraio 2025 la dott.ssa Laura Zoppo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente ricorso parte ricorrente domanda l'annullamento, previa sospensione, della determinazione n. 3 del 15 gennaio 2025 con la quale è stata dichiarata l'efficacia dell'aggiudicazione in favore dell'impresa (...) di un appalto avente ad oggetto i lavori di risanamento versante e sistemazione idrogeologica alla Località Ghirico nel Comune di (...), insieme a tutti gli atti ad essa presupposti compreso il provvedimento di aggiudicazione, nonché l'accertamento del proprio diritto a conseguire l'aggiudicazione stessa e a subentrare nel contratto di appalto nelle more eventualmente stipulato ovvero, in subordine, a ottenere il risarcimento del danno per equivalente.

La società ricorrente rappresenta in fatto che, con determinazione n. 174 del 30 settembre 2024, il Comune di (...) ha avviato la procedura di affidamento dei lavori di risanamento versante e sistemazione idrogeologica alla Località Ghirico, delegando all'uopo la Centrale Unica di Committenza di (...).

Così, con determinazione n. 57 dell'1 ottobre 2024, quest'ultima ha indetto la gara d'appalto, mediante procedura telematica negoziata, ai sensi dell'art. 50, comma 1, lettera c) del D.Lgs. n. 36/2023 per l'affidamento dei lavori anzidetti, per un complessivo importo a base di affidamento pari ad € 702.955,51 oltre IVA.

Trattandosi di appalto sotto soglia, il disciplinare di gara, al punto 23, ha previsto, per l'ipotesi di aggiudicazione attraverso il criterio del prezzo più basso, l'applicazione dell'art. 54 del vigente Codice dei Contratti Pubblici, con esclusione automatica delle offerte anomale se in numero pari o superiore a cinque, precisando che il metodo per l'individuazione della soglia di anomalia fosse il Metodo A indicato nell'Allegato II.2. al D.Lgs. n. 36/2023.

Dunque, rappresenta la ricorrente che il RUP, dopo aver ammesso cinque offerte economiche, compresa quella della ricorrente offerente il maggior ribasso del 31,511%, ha proceduto a calcolare la soglia di anomalia e ad aggiudicare la gara in favore dell'operatore economico (...).

Successivamente, con la determina gravata, il Responsabile del Servizio "Area Tecnica" del Comune di (...), preso atto dell'esito positivo della procedura e verificati i requisiti dichiarati in sede di partecipazione alla gara, ha dichiarato, ai sensi dell'art. 17, comma 5 del D. Lgs. n. 36/2023, l'efficacia dell'aggiudicazione in favore dell'operatore economico aggiudicatario, con il ribasso offerto del 30,488% sul prezzo a base d'asta di € 683.636,54 e quindi per netti € 475.209,43 oltre ad € 19.318,97 per oneri di sicurezza, per complessivi € 495.528,40 + iva come per legge.

Ricevuta la comunicazione di avvenuta aggiudicazione, la ricorrente ne ha domandato l'annullamento in autotutela, evidenziando preliminarmente l'omessa ostensione dei verbali di gara e concludendo, poi, per l'aggiudicazione della gara in proprio favore quale migliore offerente.

L'istanza *de qua* è stata riscontrata dall'amministrazione comunale con nota pec prot. 284 del 17 gennaio 2025 con la quale è stato invitato il competente funzionario comunale e la Centrale Unica di Committenza a rivalutare con attenzione le doglianze di parte ricorrente al fine di evitare la perdita del finanziamento.

Stante il contegno inerte dell'ente locale, parte ricorrente ha dunque proposto

impugnazione avverso la determinazione n. 3 del 15 gennaio 2025, la determinazione n. 16 del 13 gennaio 2025, la comunicazione di aggiudicazione e il verbale di gara n. 2 della seduta pubblica del 25 ottobre 2024, rilevando anzitutto la competenza territoriale dell'adito Tribunale in applicazione del criterio del luogo in cui deve essere eseguita la prestazione contrattuale da parte dell'operatore economico aggiudicatario.

Nel merito, ha dedotto la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 23 del disciplinare di gara, in uno con l'art. 54 del D. Lgs. n. 36/2023, evidenziando l'illegittimità della mancata valutazione dell'offerta non anomala di (...) s.r.l. e dunque dell'avvenuta aggiudicazione della gara in favore dell'impresa (...).

Secondo l'assunto attoreo, la lettera dell'art. 54 del Codice dei Contratti Pubblici, letta in combinazione con l'Allegato II.2., depone unicamente nel senso che le offerte anomale siano da accantonare momentaneamente, prevedendosi la sanzione espulsiva soltanto per le offerte con ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia per come determinata in esito alle relative operazioni di calcolo. Dunque l'offerta della ricorrente, momentaneamente accantonata ai soli fini del cd. "taglio delle ali", doveva essere comunque valutata e infine preferita nella graduatoria definitiva.

Si è costituito in giudizio per resistere il Comune di (...) che, contestando i motivi di gravame *ex adverso* formulati, ha richiamato l'interpretazione letterale della disposizione che prevede il Metodo A di cui all'Allegato II.2. al Codice dei Contratti Pubblici.

Quest'ultima, diversamente da quanto previsto con riferimento al Metodo B e al Metodo C, dispone che tra le offerte non escluse in sede di calcolo della soglia di anomalia la stazione appaltante debba individuare come vincitrice quella con lo sconto maggiore.

Dunque, secondo l'assunto comunale, il RUP si sarebbe correttamente limitato ad inserire i dati in piattaforma (...), uniformandosi poi ai risultati restituiti dalla stessa ai fini dell'aggiudicazione.

Si è costituita in giudizio per resistere la Centrale Unica di Committenza del (...) rappresentando come, unicamente in applicazione dei Metodi B e C già citati, le offerte accantonate possono successivamente essere riconsiderate quali potenziali offerte aggiudicabili; diversamente, applicando il Metodo A, le offerte accantonate debbono automaticamente essere escluse.

Si è costituita in giudizio per resistere anche l'impresa (...) che ha eccepito in via preliminare l'irricevibilità per tardività del ricorso, rilevando come il termine per l'impugnazione, nell'ipotesi in cui l'esclusione sia pronunciata in una seduta di gara aperta alla quale ha partecipato il rappresentante dell'impresa esclusa, inizi a decorrere dalla data della seduta medesima.

Ha poi dedotto l'infondatezza del ricorso nel merito, rilevando che, dalla lettura dell'Allegato II.2. al Codice dei Contratti Pubblici, emerge chiaramente come la valutazione delle offerte accantonate ai fini dell'aggiudicazione sia espressamente prevista solo nelle ipotesi di cui al Metodo B e al Metodo C; diversamente, la formulazione letterale del Metodo A non fa alcun riferimento alle offerte momentaneamente accantonate.

La causa è stata chiamata alla camera di consiglio del 12 febbraio 2025 ed è stata trattenuta in decisione con preavviso di sentenza breve.

DIRITTO

Stante la manifesta irricevibilità del ricorso per tardività, il Collegio ritiene che questo possa essere definito con sentenza in forma semplificata *ex art. 60 c.p.a.* in esito all'udienza cautelare.

Va premesso in punto di diritto che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, avallato da questo Tribunale, sussiste un onere di immediata impugnazione del provvedimento di esclusione di un operatore economico da una procedura ad evidenza pubblica, avuto riguardo alla sua natura autonomamente ed immediatamente lesiva (*ex multis* T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 3 aprile 2023, n. 2092; T.A.R. Umbria, sez. I, 24 febbraio 2023, n. 84).

E ciò in quanto, nei confronti dell'operatore escluso, è l'atto di esclusione che conclude il procedimento cui il medesimo aspira a partecipare.

Esso, generando la conseguenza immediata, nella sfera giuridica del destinatario, di estrometterlo dalla competizione, costituisce, se non annullato, un impedimento alla successiva impugnazione dell'aggiudicazione, atteso che l'escluso non è più legittimato a gravare gli atti di gara in quanto non (più) partecipante alla stessa.

A tale conclusione neppure osta l'avvenuta abrogazione del comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a., il quale prevedeva un onere di immediata impugnazione, pena l'irricevibilità del ricorso per intero, del provvedimento di esclusione di una impresa dalla procedura di gara ovvero di ammissione ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali.

Basti a tal proposito rilevare che la giurisprudenza, prima dell'introduzione dell'abrogato comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a., già onerava il destinatario dell'immediato gravame dell'esclusione (Consiglio di Stato, sez. IV, 25 agosto 2016, n. 3688), mentre riteneva l'atto di (altrui) ammissione, se lesivo, impugnabile solo con il provvedimento di aggiudicazione, atteso che nella fase antecedente l'interesse a ricorrere non può ancora definirsi concreto e attuale (Consiglio di Stato, sez. V, 23 febbraio 2015, n. 856 e 20 aprile 2016, n. 1560) e tenuto conto della perdurante legittimazione a impugnare gli atti di gara da parte di tutti i soggetti ammessi (Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 16 aprile 2021, n. 322).

Dunque, l'introduzione del comma 2 bis nell'art. 120 c.p.a. (da parte dell'art. 204 del D.Lgs. n. 50/2016) ha avuto come principale effetto l'impugnabilità immediata del solo atto di ammissione (Consiglio di Stato, sez. speciale, 1° aprile 2016, n. 855), in quanto l'atto di esclusione era già ritenuto da gravare autonomamente, nel rispetto del relativo termine di decadenza.

Sicché, se è pur vero che all'abrogazione del comma 2 bis già indicato sia conseguita la riespansione automatica delle regole generali sull'interesse ad impugnare gli atti delle procedure di affidamento dei contratti pubblici (peraltro

pure oggetto di ulteriore modifica da parte del D.Lgs. n. 36/2023), la tardiva impugnazione dell'atto di esclusione determina, ancora oggi, l'irricevibilità del ricorso per intero, atteso che è detto provvedimento che radica l'interesse a ricorrere, producendo l'effetto lesivo dell'estromissione, oltre a supportare la stessa legittimazione ad impugnare l'aggiudicazione.

L'interesse del soggetto inoppugnatamente escluso è, infatti, da qualificare come interesse di mero fatto, non diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo a impugnare gli atti.

Ciò posto relativamente all'onere di immediata impugnazione del provvedimento lesivo escludente, va soggiunto, per quanto qui di interesse, che secondo condivisibile giurisprudenza, il termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'atto *de quo* deve ritenersi coincidente con il momento in cui il rappresentante dell'impresa, nel corso di una seduta pubblica della commissione giudicatrice, alla quale partecipava in base a delega (con presenza risultante dal verbale), abbia avuto notizia ufficiale dell'esclusione (*ex plurimis* T.A.R. Campania, Napoli, 10 novembre 2021, n. 7163; T.A.R., Calabria, Catanzaro, sez. I, 7 giugno 2018, n. 1168; Consiglio di Stato, sez. III, 11 luglio 2016, n. 3026; Consiglio di Stato, sez. III, 22 agosto 2012, n. 4593).

Di tale principio deve essere fatta applicazione in questa sede in quanto, fin dalla seduta pubblica durante la quale è stata comunicata l'esclusione, la ricorrente già disponeva di tutte le informazioni essenziali per presentare il ricorso, essendone stata ampiamente indicata e verbalizzata la relativa motivazione.

Di conseguenza, in qualità di concorrente escluso, aveva l'onere di proporre immediatamente ricorso avverso il provvedimento di esclusione, fatta salva la possibilità di proporre successivamente ricorso per motivi aggiunti entro l'ulteriore termine di trenta giorni decorrente dal momento in cui avesse avuto la piena conoscenza del verbale della seduta ovvero degli altri atti endoprocedimentali, qualora da questi fossero emersi ulteriori profili di illegittimità.

In altri termini, il *dies a quo* per l'impugnazione del provvedimento escludente e dunque in generale lesivo non coincide con la materiale conoscenza del medesimo ma con l'acquisizione dei dati necessari a individuarne i profili di illegittimità posti successivamente ad oggetto dei motivi del ricorso: acquisizione alla cui realizzazione l'ordinamento predispone una serie variegata di strumenti.

L'esigenza di evitare la proposizione di ricorsi cd. "al buio", nell'interesse del privato all'esercizio consapevole del diritto di azione ma anche di quello a non gravare la struttura giudiziaria di iniziative processuali non supportate dalle informazioni necessarie, viene così conciliata con quella, non meno rilevante, di assicurare il rapido consolidamento del provvedimento amministrativo, attraverso un meccanismo che combina gli oneri informativi che devono essere assolti d'ufficio dalla stazione appaltante, con gli oneri di diligenza facenti capo agli operatori economici interessati (Consiglio di Stato, sez. V, 6 dicembre 2022, n. 10696).

Dunque, avendo la società ricorrente avuto la piena conoscenza del provvedimento di esclusione e delle sue motivazioni nella seduta di gara pubblica del 25 ottobre 2024, alla quale ha partecipato un suo rappresentante, ed essendo quindi da quella data iniziato a decorrere il *dies a quo* per la relativa impugnazione dell'esclusione immediatamente lesiva, il ricorso, notificato solo in data 30 gennaio 2025, è indubbiamente tardivo nella parte in cui il ricorrente ha impugnato il verbale di esclusione n. 2 del 25 ottobre 2024.

A questo punto, la tardiva impugnazione dell'atto di esclusione determina pure l'irricevibilità dell'intero ricorso, atteso che, per quanto già sopra evidenziato, detto provvedimento ha radicato l'interesse a ricorrere in capo alla società esclusa.

Per le ragioni suesposte, il ricorso è dichiarato irricevibile.

Stante la natura formale della decisione, le spese possono essere interamente compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Sezione Staccata di Salerno (Sezione Seconda), 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 Salerno nella camera di consiglio del giorno 12 febbraio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Nicola Durante, Presidente

Michele Di Martino, Referendario

Laura Zoppo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Laura Zoppo

IL PRESIDENTE

Nicola Durante

IL SEGRETARIO