

# IL FORO AMMINISTRATIVO

ISSN 2284-2799

RIVISTA MENSILE DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

Vol. VI - Aprile 2019

4

DIRETTA DA

GIORGIO GIOVANNINI, ALBERTO ROMANO, MARIA ALESSANDRA SANDULLI

## Si segnalano all'attenzione del lettore

- Corte cost., 13 giugno 2018, n. 120, *che dichiara l'illegittimità costituzionale della norma secondo cui i militari non possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale o aderire ad altre associazioni sindacali* 619
- Cons. St., sez. V, 8 aprile 2019, n. 2272, *sulla composizione dei collegi giurisdizionali amministrativi di primo grado e sulla nomina del Presidente aggiunto del Consiglio di Stato* 637
- Cons. St., sez. V, 9 aprile 2019, n. 2327, *che dichiara legittimo il diniego di affissione di una pubblicità rivolta avverso i medici che optano per la scelta professionale di obiezione di coscienza in tema di interruzione volontaria della gravidanza* 645
- Cons. St., sez. atti norm., 30 aprile 2019, n. 1312/2019 (n. aff. 424/2019), *che rende il parere del Consiglio di Stato sulle linee guida ANAC concernenti le procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici* 655
- TAR Veneto, sez. III, 18 aprile 2019, n. 497, *secondo cui spetta al g.o. la controversia in caso di decadenza connessa all'addebitabilità del rifiuto di stipula del contratto* 673
- TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 29 aprile 2019, n. 381, *che solleva conflitto negativo di giurisdizione in ordine alla individuazione del plesso giurisdizionale competente a decidere le controversie relative a diritti di prelazione esercitati dalla p.a.* 681
- TAR Toscana, sez. II, 3 aprile 2019, n. 491, *secondo cui è ammessa la partecipazione alle gare delle imprese sottoposte a concordato preventivo con continuità aziendale* 688
- TAR Lazio, Roma, sez. I, 9 aprile 2019, n. 4594, *in materia di oneri di organizzazione delle intercettazioni telefoniche a fini di giustizia e sul provvedimento di determinazione delle tariffe relative* 698

383 - Sez. I — 24 aprile 2019 — Pres. Caruso — Est. Nappi — C. (avv. Pellegrino) c. Azienda sanitaria locale di Potenza (avv. De Franchi) ed altro (n.c.).

[6328/204] **Pubblica amministrazione (p.a.) - Contratti della p.a. - Appalti pubblici - Gara - Irregolarità fiscale - Definitività dell'accertamento tributario - Individuazione.**

*In sede di gara pubblica, ai fini del possesso dei requisiti previsti dall'art. 80, d.lg. n. 50 del 2016, la definitività dell'accertamento tributario decorre non dalla notifica della cartella esattoriale — in sé, semplice atto con cui l'agente della riscossione chiede il pagamento di una somma di denaro per conto di un ente creditore, dopo aver informato il debitore che il detto ente ha provveduto all'iscrizione a ruolo di quanto indicato in un precedente avviso di accertamento — bensì dalla comunicazione di quest'ultimo; la cartella di pagamento (che infatti non è atto del titolare della pretesa tributaria, ma del soggetto incaricato della riscossione) costituisce solo uno strumento in cui viene enunciata una pregressa richiesta di natura sostanziale, cioè non possiede alcuna autonomia che consenta di impugnarla prescindendo dagli atti in cui l'obbligazione è stata enunciata, laddove è l'avviso di accertamento l'atto mediante il quale l'ente impositore notifica formalmente la pretesa tributaria al contribuente, a seguito di un'attività di controllo sostanziale (1).*

(1) Cass., sez. un., 8 febbraio 2008, n. 3001.

## CALABRIA

### CATANZARO

847 - Sez. I — 16 aprile 2019 — Pres. Salamone — Est. Tallaro — G. s.r.l. (avv. Gaz, Verbaro, Gualtieri) c. Anas s.p.a. (Avv. Statò), S. s.r.l. (avv. Pullano).

[6328/204] **Pubblica amministrazione (p.a.) - Contratti della p.a. - In genere - Appalto pubblico - Gara - Aggiudicazione - Impugnazione - Tempestività - Condizioni.**

*Per la tempestività dell'impugnazione, se un ricorso avverso un'aggiudicazione è proposto oltre il termine di 30 giorni previsto dall'art. 120, comma 5, c.p.a. è necessario verificare se la comunicazione relativa all'aggiudicazione è stata completa. In caso di comunicazione incompleta, occorre verificare se la parte interessata ha presentato tempestivamente istanza di accesso ai documenti al fine di acquisire gli elementi necessari per impugnare, la quale se è tempestiva prevede come step successivo la verifica della condotta tenuta dalla stazione appaltante. Se tale condotta è dilatoria, il termine di impugnazione può essere differito per il tempo necessario per l'acquisizione dei documenti richiesti con l'istanza di accesso.*

\* \* \*

782 - Sez. II — 12 aprile 2019 — Pres. Durante — Est. Levato — M. s.r.l. (avv. Sorace, De Grano) c. Comune di Vibo Valentia (avv. Paoli).

[2824/108] **Edilizia e urbanistica - Concessione edilizia e licenza di abitabilità (ora permesso di**

Pubblicato il 16/04/2019

**N. 00847/2019 REG.PROV.COLL.**  
**N. 00479/2019 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

*ex art. 60 c.p.a.;*

sul ricorso numero di registro generale 479 del 2019, proposto da Gheller S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Consorzio Stabile Engineering Costruzioni Infrastrutture e Tecnologie S.r.l. Costruzioni, rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Gaz, Alberto Gaz, Demetrio Verbaro, Alfredo Gualtieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo Studio degli avvocati Alfredo Gualtieri e Demetrio Verbaro, in Catanzaro, alla via Vittorio Veneto, n. 48;

*contro*

Anas S.p.a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catanzaro, domiciliata presso gli uffici di questa, in Catanzaro, alla via G. da Fiore, n. 34;

*nei confronti*

Sirianni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda associazione temporanea di imprese con Co.E.S. S.r.l. e TISS Ingegneria S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Pullano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento*

- della determina di ANAS S.p.a. di approvazione dell'aggiudicazione «GARA DG 47/17 – LOTTO 5», del 17 dicembre 2018, unitamente alla nota di trasmissione del 18 dicembre 2018, prot. 0680676;
  - della proposta di aggiudicazione disposta con verbali di gara n. 13 del 6 dicembre 2018 e rep. 10321 del 12 dicembre 2018;
  - nonché, per quanto di ragione, del verbale di gara n. 12 del 30 ottobre 2018;
  - e, comunque, di ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale;
- ed altresì per il risarcimento del danno conseguente e per ogni più opportuna conseguente declaratoria in ordine al contratto eventualmente stipulato con l'aggiudicatario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas S.p.A e di Sirianni S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 aprile 2019 il dott. Francesco Tallaro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

Rilevato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – ANAS S.p.a. ha indetto una gara ristretta avente ad oggetto la stipula di accordi quadro quadriennali per l'esecuzione di lavori di sistemazione di versanti rocciosi e di protezione del corpo stradale.

La gara era ripartita in 8 lotti, ma l'odierna controversia riguarda il lotto n. 5, che, con determina di ANAS S.p.a. del 17 dicembre 2018, comunicata con

nota del 18 dicembre 2018, prot. 0680676, è stato aggiudicato alla costituenda associazione temporanea di imprese tra Sirianni S.r.l., Co.E.S. S.r.l., TISS Ingegneria S.r.l.

1.1. – Alla gara aveva partecipato anche il costituendo raggruppamento temporaneo di imprese tra Gheller S.r.l. e Consorzio Stabile Engineering Costruzioni Infrastrutture e Tecnologie S.r.l. Costruzioni.

Ricevuta, in data 18 dicembre 2018, la comunicazione di aggiudicazione della gara, già in data 21 dicembre Ghelle S.r.l., nella qualità, ha presentato istanza di accesso agli atti di gara.

L'accesso è stato però consentito da Anas S.p.a. solo con nota del 18 gennaio 2019.

1.2. – Avuta visione dei documenti di gara, Gheller S.r.l. ha dapprima chiesto alla stazione appaltante di intervenire in autotutela per rimuovere le illegittimità da essa riscontrate; quindi, in data 1 febbraio 2019, ha notificato ricorso con il quale si è rivolta al Tribunale Amministrativo per il Lazio, sede di Roma, per ottenere l'annullamento degli atti di gara.

1.3. – Con ordinanza del 13 marzo 2019, n. 3373, il Tribunale adito ha declinato la competenza in favore di questo Ufficio, d'innanzi al quale il ricorso è stato riassunto.

Si sono costituite per resistere sia Anas S.p.a. sia Sirianni S.r.l., quale capogruppo della costituenda associazione temporanea di imprese aggiudicataria.

1.4. – Alla camera di consiglio del 10 aprile 2019, sussistendone i presupposti e previo avviso alle parti, il ricorso è stato discusso nel merito e spedito in decisione ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

2. – La commissione valutatrice ha attribuito all'ATI aggiudicataria 66,553 punti, di cui 38,25 per l'offerta tecnica e 28,303 per l'offerta economica; il RTI ricorrente, secondo classificato nella graduatoria, ha invece ottenuto 66,75 punti, di cui 35,75 per l'offerta tecnica e 30 per l'offerta economica.

Gheller S.r.l., però, si duole che la sua offerta tecnica sia stata malamente valutata.

2.1. - In particolare, la commissione valutatrice ha attribuito all'offerta della parte oggi ricorrente n. 3 punti per la voce *“numero di personale qualificato offerto”* (punto b.3 dell'art. G - *Valutazione dell'offerta* della lettera di invito), mentre il punteggio avrebbe dovuto essere di 5 punti, alla luce dell'offerta delle prestazioni di ben 5 geologi rocciatori.

Nel relativo verbale redatto dalla commissione, in realtà, si legge che *“il concorrente allega correttamente la documentazione richiesta per soli n. 3 professionisti. I restanti n. 2 professionisti non sono considerabili in quanto, in uno dei due casi l'aggiornamento della certificazione richiesta è ai sensi dell'art. 132 (recte: 136, NDR) e non dell'art. 116, e nell'altro il certificato allegato risulta illeggibile”*

2.2. - Ebbene, secondo la tesi di parte ricorrente tale valutazione sarebbe avvenuta in violazione della legge di gara, nonché degli artt. 32 e 83, comma 9 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in quanto:

*I)* la legge speciale di gara imponeva di indicare nell'offerta generalità e qualifica del personale specializzato, non anche di produrre certificazione; di conseguenza, la sola indicazione del personale avrebbe dovuto comportare l'automatica attribuzione del punteggio, indipendentemente dalle certificazioni eventualmente allegate;

*II)* in ogni caso, le criticità erano facilmente superabili, in quanto: *IIa)* il riferimento all'art. 136 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, contenuto nel certificato prodotto con riferimento a uno dei due geologi è evidentemente frutto di un refuso; *IIb)* per quanto molto scura, la copia del certificato relativo all'altro geologo dava comunque un *“principio di prova”* quanto al suo contenuto, onde l'amministrazione avrebbe potuto e dovuto fare ricorso all'istituto del soccorso istruttorio.

2.3. - Ugualmente illegittima sarebbe la valutazione operata dalla commissione valutatrice con riferimento alla voce *“autocarro superiore a 180 q.li”* (punto b.2 dell'art. G - *Valutazione dell'offerta* della lettera di invito).

Infatti, la commissione di valutazione avrebbe attribuito il relativo punteggio solo agli autocarri di portata superiore a 180 q.li, mentre la legge speciale di gara non fa alcun riferimento alla portata, ma solo al peso del veicolo. Per tale ragione, illegittimamente il raggruppamento ricorrente non si sarebbe visto attribuire alcun punteggio per tale voce.

3. – Occorre, però, interrogarsi preliminarmente sulla tempestività del ricorso, contesta tanto dalla stazione appaltante resistente, tanto alla controinteressata.

3.1. – Infatti, è evidente che il ricorso è stato notificato quando ormai era spirato il termine di 30 giorni dalla comunicazione di aggiudicazione, in distonia rispetto all'art. 120, comma 5, c.p.a., il quale prevede che, *"salvo quanto previsto dal comma 6-bis, 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"*

3.2. – Va però ricordato che il successivo comma 5-bis del medesimo art. 120 prevede che: *"La comunicazione è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lettera c), 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"*.

3.3. – Ebbene, in proposito la più recente giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. V, 3 aprile 2019, n. 2190; Cons. Stato, Sez. III, 7 marzo 2019, n. 1577; Cons. Stato, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1540; Cons. Stato, Sez. V, 5 febbraio 2018, n. 718) ha chiarito che la stazione appaltante è tenuta ad esporre nella comunicazione, con la quale porta a conoscenza l'avvenuta aggiudicazione e le ragioni per le quali si è arrivati a quella decisione. Se non espone le ragioni suddette, in alternativa, la stazione appaltante può allegare i verbali della procedura. Il termine per impugnare il provvedimento di aggiudicazione

decorre sempre, pertanto, dalla suddetta comunicazione, se questa risulta completa nell'esposizione delle ragioni che hanno portato alla decisione, rendendo edotto il soggetto di tutte le informazioni necessarie, nonché in grado di individuare eventuali lesioni e di venire a conoscenza delle illegittimità.

Qualora, però, la comunicazione fatta dalla stazione appaltante sia incompleta, cioè in essa non siano specificate le ragioni di preferenza o comunque non siano allegati i verbali di gara, così come se, pur in presenza di comunicazione esaustiva e completa degli atti richiesti, sia indispensabile conoscere gli elementi tecnici dell'offerta dell'aggiudicatario per aver chiare le ragioni che hanno spinto a preferirla, l'impresa concorrente potrà richiedere di accedere agli atti della procedura. La necessità di procedere all'accesso degli atti della procedura al fine di assumere piena conoscenza della motivazione provvedimento e degli atti endoprocedimentali, non comporta una sospensione del termine di impugnazione.

Ciò nonostante, vengono in rilievo i principi di effettività della tutela giurisdizionale enucleati anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE 8 maggio 2014, nella causa C-161/13), i quali fanno ritenere che il potere d'impugnazione non si consuma con il decorso del termine previsto dalla legge, qualora la stazione appaltante rifiuti illegittimamente di consentire l'accesso o qualora assuma una condotta di tipo dilatorio, ma il termine si dilunga di quei giorni necessari per poter acquisire effettiva conoscenza dei documenti.

Detto ciò, per la tempestività dell'impugnazione, se un ricorso avverso un'aggiudicazione è proposto oltre il termine di 30 giorni previsto dall'art. 120, co. 5, c.p.a. è necessario verificare se la comunicazione relativa all'aggiudicazione è stata completa. In caso di comunicazione incompleta, occorre verificare se la parte interessata ha presentato tempestivamente istanza di accesso ai documenti al fine di acquisire gli elementi necessari per impugnare, la quale se è tempestiva prevede come *step* successivo la verifica

della condotta tenuta dalla stazione appaltante. Se tale condotta è dilatoria, il termine di impugnazione può essere differito per il tempo necessario per all'acquisizione dei documenti richiesti con l'istanza di accesso.

3.4. – Il Collegio condivide l'orientamento del giudice d'appello, che si pone in linea con i principi costantemente affermati dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, la quale insegna (cfr. CGUE 26 novembre 2015, nella causa C-166/14; CGUE ord. 14 febbraio 2019 nella causa C-54/18) che il diritto dell'Unione europea, segnatamente il principio di effettività, osta ad una normativa nazionale che consente il decorso del termine per impugnare le decisioni di una stazione appaltante indipendentemente dalla circostanza che colui che propone l'azione fosse o meno in grado di conoscere l'esistenza dell'illegittimità di tali decisioni.

3.5. – Nel caso di specie, la comunicazione di aggiudicazione non conteneva gli elementi necessari a comprendere le ragioni di attribuzione del punteggio ai vari offerenti, né ad essa erano allegati i verbali di gara, e in particolare il verbale n. 12, da cui è possibile individuare la *ratio* dell'attribuzione del punteggio complessivo dell'offerta economica.

Parte ricorrente ha domandato quasi immediatamente di accedere ai documenti di gara, ma il suo interesse è stato soddisfatto solo in data 18 gennaio 2019, e cioè quando erano già trascorsi 30 giorni dalla comunicazione di aggiudicazione.

Per tale ragione, alla luce delle coordinate interpretative illustrate al § 3.3., deve essere ritenuto tempestivo l'odierno ricorso, notificato in data 1 febbraio 2019, e cioè a distanza di 12 giorni dalla data in cui l'amministrazione ha consentito alla parte ricorrente di percepire le ragioni di illegittimità in questa sede denunciate.

4. – Nel merito, il ricorso è palesemente fondato.

4.1. – Viene in primo luogo rilievo il certificato prodotto dal raggruppamento capitanato da Gheller S.r.l. con riferimento a uno dei geologi rocciatori, tal Danilo Belli.

È vero che in esso vi è il riferimento all'art. 136 d.lgs. n. 81 del 2008, che riguarda i corsi di formazione per il personale addetto al montaggio e allo smontaggio dei ponteggi fissi, anziché al precedente art. 116, che riguarda i corsi di formazione per il personale interessato all'utilizzo di sistemi di accesso e di posizionamento mediante funi.

Nondimeno, nella certificazione si afferma espressamente che l'interessato ha frequentato il corso di aggiornamento teorico-pratico per lavoratori addetti all'impiego di sistemi di accesso e posizionamento mediante funi.

Peraltro, tale certificazione è stata prodotta unitamente ad altra precedente certificazione relativa sempre all'utilizzo di sistemi di accesso e posizionamento mediante funi.

Non appare dunque implausibile che vi sia stato un semplice refuso nel rilascio della certificazione prodotta.

4.2. – Viene quindi in rilievo la certificazione prodotta con riferimento ad altro geologo rocciatore, tale Daniele Bernasconi.

È vero che la certificazione prodotta è scarsamente leggibile. Nondimeno, in essa è possibile apprezzare l'Ente che l'ha rilasciata (Guide Alpine Italiane), il nome del soggetto certificato e parte del titolo della certificazione (*“Lavoratori addetti ai sistemi di accesso e posizionamento...”*).

Vi sono, dunque, elementi per ritenere che il documento prodotto sia una certificazione relativa alla frequenza di un corso di formazione per lavoratori addetti all'impiego di sistemi di accesso e posizionamento mediante funi.

4.3. – Sulla base di tali elementi, l'amministrazione avrebbe dovuto quanto meno fare uso dei poteri di soccorso istruttorio.

Infatti, il soccorso istruttorio non è ammesso laddove sopravvenga a colmare una iniziale e sostanziale inadeguatezza dell'offerta presentata dalla concorrente, consentendole di aggiustare il tiro e di modificare in itinere la propria partecipazione alla gara in danno delle altre concorrenti; non è però inibito alla stazione appaltante richiedere, né alla concorrente provare, anche con integrazioni documentali, che la propria offerta era, sin dal principio,

effettivamente conforme a quanto richiesto dalla *lex specialis* e che tale non appariva per un mero vizio formale o un errore materiale, purché le integrazioni e le correzioni, consentite a mezzo di soccorso istruttorio, non conducano a modifiche sostanziali dell'offerta iniziale, tali da tradursi, in realtà, in un'offerta del tutto nuova. Pertanto, le integrazioni sono ammissibili, purché non riguardino elementi essenziali dell'offerta: tali sono quelli elementi che, ove assenti o assolutamente indeterminati, determinino la totale inidoneità dell'offerta ad assolvere alla sua funzione che è quella di consentire la manifestazione di volontà negoziale del concorrente, quale potenziale contraente dell'amministrazione, in relazione alla gara da aggiudicare. Ne consegue che non costituiscono elementi essenziali dell'offerta le descrizioni di dati che non dipendono in alcun modo dalla volontà dell'offerente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 4 dicembre 2017, n. 5692).

4.4. – Nel caso di specie, il ricorso al soccorso istruttorio non avrebbe comportato la possibilità di modifica dell'offerta tecnica formulata, ma solo di chiarire un aspetto dell'offerta (l'idoneità del personale qualificato offerto) rimasto oscuro per via di un deficit documentale.

Pertanto, il ricorso a tale istituto sarebbe stato doveroso.

5. – Per tali assorbenti ragioni il ricorso va accolto e gli atti di gara impugnati debbono essere annullati.

Non risulta ancora stipulato il contratto, sicché non vi è luogo per ulteriori statuizioni, anche di tipo risarcitorio.

6. – Le spese di lite vanno poste a carico dell'amministrazione resistente, che ha dato causa al contenzioso.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna Anas S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, alla rifusione, in favore di Gheller S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro*

*tempore* in proprio e in qualità, delle spese e competenze di lite, che liquia nella misura di € 3.000,00, oltre al rimborso del contributo unificato e delle spese generali nella misura del 15%, nonché oltre a IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 10 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Francesco Tallaro, Primo Referendario, Estensore

Francesca Goggiamani, Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Francesco Tallaro**

**IL PRESIDENTE**  
**Vincenzo Salamone**

IL SEGRETARIO