

## **In tema di impugnabilità dei provvedimenti di ammissione ed esclusione adottati più di 30 giorni prima dell'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti**

*di Esper Tedeschi*

*Data di pubblicazione: 4-11-2016*

Non può essere esteso, a gare bandite sulla base del previgente d.lgs. n. 163 del 2006, il rigoroso regime circa l'impugnabilità dei provvedimenti di ammissione ed esclusione adottati più di 30 giorni prima dell'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti, con conseguente spostamento del *dies a quo* a tale data.

Parzialmente conforme T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 3 ottobre 2016, n. 1415

Parzialmente conforme Cons. Stato, Sez. III, 27 ottobre 2016, n. 4528

Difforme T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 26 luglio 2016, n. 829

### Guida alla lettura

Le ordinanze in questione affrontano il problema della immediata applicabilità o meno del nuovo articolo 120 del c.p.a., così come modificato dall'articolo 204 del d.lgs. n. 50 del 2016, anche per le gare bandite ai sensi della disciplina del previgente codice dei contratti pubblici.

In particolare l'articolo 204, mediante l'inserimento del nuovo comma *2-bis* all'interno dell'articolo 120 del c.p.a., introduce un nuovo regime che prescrive l'impugnazione degli atti di ammissione ed esclusione nel termine di trenta giorni, decorrente dalla loro pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante. L'omessa impugnazione, infatti, preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale.

Nel caso in cui si propendesse per l'immediata applicabilità della nuova norma processuale di cui all'articolo 120, comma *2-bis*, ne deriverebbe che, in relazione a gare bandite prima dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, ma con ricorso notificato dopo la sua entrata in vigore, in caso di "omessa" impugnazione dell'atto di esclusione o ammissione, l'eventuale impugnazione di atti successivi risulterebbe tardiva. E questo anche se il precedente regime processuale non richiedeva a pena di decadenza l'impugnazione immediata dei verbali di gara ai quali si riconnetteva un valore di atti endoprocedimentali

Una delle interpretazioni "restrittive" della vigenza delle nuove norme processuali fonda le proprie ragioni, prevalentemente, sul contenuto della disposizione transitoria di cui all'articolo 216 del d.lgs. n. 50 del 2016 che, senza distinguere tra norme di natura processuale o

sostanziale, *“induce a ritenere che non vi siano deroghe al criterio generale che stabilisce l’entrata in vigore del nuovo rito rendendolo applicabile solo alle “procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore”* (T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 3 ottobre 2016, n. 1415).

Nelle ordinanze in oggetto il Giudice amministrativo fornisce una motivazione ulteriore rispetto al mero dettato normativo dell’articolo 216 surrichiamato.

Secondo il T.A.R. Palermo, infatti, *“indipendentemente dalla complessa questione dell’applicabilità di tale disposizione a una gara bandita sulla base del previgente d.lgs. n. 163 del 2006”* le nuove norme processuali che impongono termini decadenziali più stringenti, rispetto ai precedenti, non possono avere una lettura estensiva. E dunque non possono che trovare applicazione solo in connessione all’*iter* procedimentale cui si riferisce espressamente la norma che prevede una previa *“pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante”* dei provvedimenti di ammissione e esclusione.

**N. 01082/2016 REG.PROV.CAU.**

**N. 02487/2016 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA**

sul ricorso numero di registro generale 2487 del 2016, proposto da:

“Traina” S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall’avv. Enrico Buscemi, C.F. BSCNCN76R14C351F, domiciliato, ex art. 25 cpa, presso la segreteria di questo Tar in via Butera, n. 6;

***contro***

- Assessorato regionale delle infrastrutture e della mobilità - U.R.E.G.A. Sezione provinciale di Agrigento, in persona dell’Assessore pro tempore,
- Comune di San Giovanni Gemini e Comune di Cammarata, in persona dei rispettivi Sindaci pro tempore, non costituiti in giudizio;

***nei confronti di***

- “Ecosud” Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Girolamo Rubino, C.F. RBNGLM58P02A089G, e Leonardo Cucchiara, C.F. CCCLRD73C29C352X, elettivamente domiciliato presso lo studio del primo in Palermo, via G. Oberdan, n. 5;
- “Teknoservice” S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

- dei verbali del 20 novembre 2015, dell’11 dicembre 2015 e del 19 gennaio 2016 con i quali la Commissione di gara costituita presso l’U.R.E.G.A. sezione provinciale di Agrigento per l’affidamento dell’appalto del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani differenziati ed indifferenziati, compresi quelli assimilati, ed altri servizi di igiene pubblica all’interno dell’A.R.O. di San Giovanni Gemini e Cammarata (CIG: 60969870D7), ha ammesso alla gara il costituendo RTI composto dalle Imprese ECOSUD S.r.l. (mandataria capogruppo) e TEKNOSERVICE (mandante);

- dei verbali di gara del 3 febbraio 2016, 2 marzo 2016, 21 aprile 2016, 10 maggio 2016, 19 maggio 2016 e del 26 maggio 2016 nelle parti in cui la Commissione di gara, in seduta riservata, ha valutato il progetto tecnico presentato dal RTI EGOSUD - TEKNOSERVICE, e gli ha attribuito il punteggio di 63,50/700 e nella parte in cui ha invece attribuito al progetto tecnico presentato dal

RTI di cui fa parte la ricorrente Traina S.r.l. il punteggio di 50,75/70.

- del verbale del 26 maggio 2016 con il quale la Commissione di gara ha provveduto alla comunicazione alle imprese partecipanti alla gara dei punteggi attribuiti al progetto tecnico dagli stessi presentato, ha proceduto altresì all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, ed ha determinato la graduatoria di merito ove il RTI contro interessato è collocato al primo posto con punti 93,501100, mentre il RTI SENESI- TRAINA è stato collocato al secondo posto con punti 71,57/100;

-del verbale del 17.06.2016 con il quale la Commissione di gara ha proceduto alla valutazione delle giustificazioni dell'offerta presentate dal RTI contro interessato;

- del verbale del 29.06.2016 con il quale la Commissione di gara ha valutato positivamente le giustificazioni sull'anomalia dell'offerta del RTI contro interessato,

- del verbale di gara del 13.07.2016 con il quale la Commissione di gara ha aggiudicato provvisoriamente l'appalto al RTI Ecosud S.r.l.- Tekno Service S.r.l.;

- della determinazione dirigenziale ARO San Giovanni Gemini- Cammarata n. 1 del 22.08.2016 (sconosciuta), con la quale l'appalto di che trattasi è stato definitivamente aggiudicato al RTI contro - interessato, nonchè dell'avviso di aggiudicazione definitiva comunicato alla ricorrente;

- di ogni altro atto presupposto, connesso, successivo e comunque sconosciuto e pregiudizievole per la ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ecosud Srl;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella camera di consiglio del 26 ottobre 2016 il consigliere Aurora Lento e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Fermo restando la necessità di un maggiore approfondimento nella fase di merito, non

sembrerebbe fondata l'eccezione di irricevibilità sollevata dalla controinteressata, la quale sostiene che, in base al disposto dell'art. 120, comma 6 bis, c.p.a., aggiunto dall'art. 204, comma 1, lettera d), del d.lgs.vo n. 50 del 18 aprile 2016, costituente norma processuale, il provvedimento di ammissione contenuto nel verbale del 19 gennaio 2016 avrebbe dovuto essere impugnato entro il termine perentorio di 30 giorni decorrenti dalla data di entrata in vigore della nuova disposizione.

Sembra, infatti, al collegio che, indipendentemente dalla complessa questione dell'applicabilità di tale disposizione a una gara bandita sulla base del previgente d.lgs.vo n. 163 del 2006, non appare ragionevole l'estensione del rigoroso regime dalla stessa previsto a provvedimenti di ammissione adottati più di 30 giorni prima della sua entrata in vigore con conseguente spostamento del dies a quo a tale data.

Nel merito, il ricorso è assistito da adeguato fumus boni juris in quanto la controinteressata sembrerebbe priva del requisito tecnico richiesto dal bando quanto meno con riferimento alla parte riferita alla gestione di "centri comunali di raccolta, presso uno o più comuni con popolazione cumulativamente non inferiore a 10.000 abitanti".

Tale disposizione sembrerebbe, infatti, richiedere la gestione di almeno un centro di raccolta posto a servizio di una popolazione pari ad almeno 10.000 abitanti appartenenti a uno o più Comuni.

La controinteressata ha, invece, gestito più centri di raccolta riferiti a Comuni con popolazione inferiore a tale limite dimensionale.

Ritiene, pertanto, il collegio che, tenuto conto dell'esigenza di evitare l'interruzione del servizio, alle esigenze cautelari prospettate dalla parte ricorrente può darsi adeguata tutela senza sospendere gli effetti degli atti e fissando l'udienza per la trattazione del merito del ricorso.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza) fissa per la trattazione di merito del ricorso l'udienza pubblica del 6 dicembre 2016, ore di rito.

Condanna i Comuni intimati e la controinteressata costituita al pagamento pro quota delle spese della presente fase cautelare, che liquida in complessivi € 1.000,00 (mille/00) da ripartire pro quota.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Solveig Cogliani, Presidente

Nicola Maisano, Consigliere

Aurora Lento, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Aurora Lento**

**IL PRESIDENTE**

**Solveig Cogliani**

**IL SEGRETARIO**

**N. 01083/2016 REG.PROV.CAU.**

**N. 02201/2016 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA**

sul ricorso numero di registro generale 2201 del 2016, proposto da:

Impretech S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Raimondo Alaimo C.F. LMARND56H26A089K, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Michele Roccella sito in Palermo, piazza Marina N. 19;

***contro***

Provincia di Agrigento, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso

dall'avvocato Diega Alaimo Martello C.F. LMMDGI59S41B602P, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giorgio D'Agostino sito in Palermo, via Imera N.19;  
Comune di Favara, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Ribaudò C.F. RBDGPP68P01G273N, con domicilio eletto presso il suo studio sito in Palermo, via M. Stabile 241;

***nei confronti di***

Impresa Cannino Salvatore, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Immordino C.F. MMRGPP63P18B429G, Giovanni Immordino C.F. MMRGNN62A23B429H, con domicilio eletto presso il loro studio sito in Palermo, via Libertà', 171;

Impresa Marotta Calogero, Ati Quintalvi S.R.L - Nebrodi Costruzioni Generali S.r.l. non costituiti in giudizio;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

1. Dei verbali di gara dei giorni 14-15-16-20-27 e 28/06/2016 e del 11/07/2016 nella parte relativa all'aggiudicazione della gara n. 2 ristrutturazione edifici comunali adibiti a scuole

elementari stralcio plesso Via Bersagliere Urso CIG: 6634320EOB CUP: E26J15000880002 importo a b.a. €. 665.000,00, nella parte in cui la commissione di gara ha ammesso a concorrere

l'impresa Marotta Calogero, piuttosto che escluderla, così determinando una media diversa da quella che si sarebbe ottenuta per effetto della sua esclusione, ed ha conseguentemente aggiudicato

l'appalto all'Impresa Cannino Salvatore.

2. Della nota del Libero Consorzio Comunale di Agrigento, inviata via pec in data 06.09.2016, con

la quale è stato rigettato il preavviso di ricorso inoltrato dalla IMPRETECH s.r.l. tendente ad

ottenere l'annullamento degli esiti provvisori della gara, l'esclusione della Ditta Marotta

Calogero e l'aggiudicazione dell'appalto in suo favore.

3. Di ogni altro atto e/o provvedimento collegato e/o connesso con gli atti sopra impugnati, compresa l'aggiudicazione definitiva o il contratto qualora medio tempore intervenuti, anche se non noti alla ricorrente,

## E PER IL RICONOSCIMENTO

del diritto dell'istante al risarcimento in forma specifica, mediante l'aggiudicazione della gara, ovvero ed in subordine al risarcimento dei danni subiti e subendi a causa dei provvedimenti impugnati, con condanna della stazione appaltante, in persona del legale rappresentante pro-tempore,

al pagamento delle relative somme con interessi legali e rivalutazione da quantificarsi secondo gli

ordinari criteri fissati dalla giurisprudenza amministrativa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Agrigento e di Comune di Favara e di Impresa Cannino Salvatore;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2016 il cons. Nicola Maisano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato che, ad una prima valutazione della questione, il collegio non ritiene che possa essere favorevolmente valutata l'eccezione di inammissibilità del ricorso, per violazione della previsione contenuta al comma 2 bis dell'art. 120 del c.p.a., atteso che, indipendentemente da qualsiasi ulteriore valutazione sulla corretta interpretazione delle disposizioni di legge – di recente introduzione – che vengono in rilievo, dalla documentazione in atti emerge che le determinazioni della commissione di gara sono contenute in verbali pubblicate sul sito della stazione appaltante e non sul profilo del comune committente, come prescritto dalla norma invocata;

Considerato altresì che la nota con la quale l'amministrazione ha esplicitato di non poter prendere in considerazione i rilievi sollevati dalla ricorrente, in presunta applicazione del principio dell'invariabilità della media, appare un atto direttamente lesivo, e quindi immediatamente impugnabile, in quanto, ove impugnato assieme all'aggiudicazione definitiva,

non consentirebbe, in ogni caso, l'ipotetico conseguimento dell'aggiudicazione, proprio in virtù dell'applicazione del principio di invariabilità della media;

Considerato che la determinazione in esame non appare legittima, alla luce della giurisprudenza - del C.G.A. e di questo Tribunale - che si è espressa sul punto, secondo la quale il principio della invariabilità della media non trova applicazione prima dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva;

Considerato che il Collegio non ritiene invece di dover scrutinare il merito delle determinazioni che dovranno essere assunte sui rilievi sollevati dalla ricorrente, prima che la stessa amministrazione si pronunzi sulle stesse;

Considerato infine che, allo stato ed in relazione alla presente fase del giudizio, gli interessi delle parti in causa appaiono tutelati, in modo adeguato ed equilibrato, ordinando all'amministrazione di assumere una determinazione nel merito dei rilievi sollevati dalla ricorrente con l'istanza di riesame, sul presupposto che prima dell'aggiudicazione definitiva non opera il principio dell'invariabilità della media, e che dovrebbe essere interesse dell'amministrazione perseguire la legalità della propria azione, indipendentemente dagli interessi delle parti private coinvolte;

Considerato che la novità della questione processuali esaminate induce il collegio a compensare le spese della presente fase di giudizio;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza)

Accoglie la domanda cautelare proposta in seno al ricorso, ai fini del riesame indicato in motivazione.

Spese compensate.

Fissa per la trattazione di merito del ricorso l'udienza pubblica del 9 gennaio 2017.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Solveig Cogliani, Presidente

Nicola Maisano, Consigliere, Estensore

Anna Pignataro, Primo Referendario



**L'ESTENSORE**  
**Nicola Maisano**

**IL PRESIDENTE**  
**Solveig Cogliani**

**IL SEGRETARIO**