

Decorrenza del termine per l'impugnazione del provvedimento di ammissione o di esclusione ad una gara

di Massimiliano Viola

Data di pubblicazione: 14-9-2017

Ai sensi dell'art. 120, comma 2-bis, C.p.a., il termine per l'impugnazione del provvedimento di ammissione o di esclusione ad una gara decorre dal giorno della pubblicazione del provvedimento sul sito della stazione appaltante. L'eventuale previa (piena) conoscenza della determinazione lesiva, comunque avvenuta, non vale a far decorrere il suddetto termine.

Nelle more del giudizio sul provvedimento di ammissione o esclusione, secondo l'art. 120, comma 7, C.p.a., sussiste la facoltà (e non l'obbligo) di proporre autonoma impugnativa avverso il provvedimento di aggiudicazione eventualmente intervenuto, essendo comunque possibile ricorrere all'istituto dei motivi aggiunti.

In forza del principio del favor participationis, nelle fattispecie a formazione progressiva, l'autorizzazione (provvisoria) acquisita ex lege mediante comunicazione all'Amministrazione competente costituisce, di per sé, titolo idoneo per la partecipazione alla gara.

Publicato il 22/08/2017

N. 09379/2017 REG.PROV.COLL.

N. 02933/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2933 del 2017, proposto da:

Life Cure S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati

Luciana Caroli, Vincenzo Cannizzaro, Simone Ventura, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Luciana Caroli in Roma, Corso d'Italia n. 106;

contro

Azienda Usl Roma 6, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Merelli, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Vincenza Di Martino in Roma, via Pompeo Magno n. 7;

nei confronti di

Sad – Servizi Assistenziali Domiciliari Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, p.zza San Lorenzo in Lucina, 26;

per l'annullamento

del provvedimento del 20 febbraio 2017, prot. 3399/2017, che ha determinato le ammissioni/esclusioni delle ditte partecipanti, ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. 50/2016, dalla procedura europea per l'affidamento del Servizio di erogazione di cure domiciliari di elevata intensità e di assistiti in ventilazione meccanica continuativa o comunque affetti da gravissime disabilità dell'Azienda USL Roma 6; nonché

di ogni altro atto della lex specialis di gara, atto preparatorio, presupposto e/o connesso, collegato o consequenziale ai provvedimenti impugnati, tra cui i verbali di gara nn. 1 e 2 rispettivamente del 10.01.2017 e del 02.02.2017 nella parte in cui ammettono la SAD s.r.l. al prosieguo della gara; nonché

di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale ivi compresi quelli allo stato non conosciuti dal ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Usl Roma 6 e di Sad – Servizi Assistenziali Domiciliari Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 luglio 2017 il dott. Massimo Santini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente ha preso parte alla procedura europea per l'affidamento del servizio di erogazione di cure domiciliari di elevata intensità e di assistiti in ventilazione meccanica continuativa o comunque affetti da gravissime disabilità dell'Azienda USL Roma 6. Importo a base d'asta: 4 milioni di euro per 6 mesi, oltre 4 milioni in caso di rinnovo del contratto per altri 6 mesi. Criterio di aggiudicazione: OEPV.

Tra i requisiti di ammissione i soggetti partecipanti dovevano essere in possesso di specifica autorizzazione regionale.

2. Di qui la proposizione del presente gravame, atteso che la società SAD – poi nel frattempo divenuta aggiudicataria del suddetto servizio – sarebbe stata in possesso di una sola “autorizzazione provvisoria”, come tale non altrimenti ammissibile ai fini della partecipazione alla gara in questione. E ciò soprattutto in considerazione del fatto che in data 27 gennaio 2017, dunque all'indomani della scadenza per la presentazione delle relative offerte, la Regione Lazio avrebbe sospeso la ridetta autorizzazione, con ogni conseguenza in merito al venir meno dei suddetti requisiti – al di là della loro validità o meno – nelle more della procedura di gara.

Veniva tra l'altro sollevata istanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ai sensi dell'art. 267 del Trattato, per contrasto con i principi di effettività della tutela di cui alla Direttiva 89/665/CE ad opera del decreto legislativo n. 50 del 2016 nella parte in cui si prevede un rito c.d. “superaccelerato” per i giudizi di esclusione/ammissione che, nella sostanza, comporterebbe diverse ipotesi di aggravio processuale a carico delle parti.

3. Si costituivano in giudizio l'amministrazione intimata e la società controinteressata le quali, nel chiedere il rigetto del gravame, sollevavano peraltro eccezione di tardività del ricorso dal momento che, sin dal 10 gennaio 2017, i legali rappresentanti della società ricorrente erano presenti alla seduta della commissione di gara nel corso della quale era stata deliberata la ammissione di SAD. Ciononostante il ricorso è stato notificato soltanto il successivo 21 marzo 2017, dunque ben oltre il termine di 30 giorni a tal fine prescritto.

4. Alla pubblica udienza dell'11 luglio 2017 le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso veniva infine trattenuto in decisione.

5. Tutto ciò premesso va innanzitutto rigettata l'eccezione di tardività del gravame. E ciò in quanto la disposizione di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., come introdotta dal decreto legislativo n. 50 del 2016, prevede espressamente ed inequivocamente che il *dies a quo* per proporre tale particolare impugnativa decorra dalla pubblicazione del provvedimento che determina esclusioni/ammissioni sul profilo della stazione appaltante.

Stante la specialità di una simile previsione va da sé che essa inevitabilmente sia destinata a prevalere su ogni altra previsione o applicazione di tipo giurisprudenziale quale quella

prospettata dalla amministrazione resistente (cfr. Cons. Stato, sez. III, 11 luglio 2016, n. 3026).

In altre parole, anche a voler ammettere che il termine di reazione processuale decorra, in caso di aggiudicazione, dalla piena conoscenza della determinazione lesiva della PA, ossia dal momento in cui si conclude la seduta di gara in cui sono eventualmente presenti i legali rappresentanti della società che si ritiene lesa, in caso di ammissione/esclusione vale comunque il diverso momento della pubblicazione sul sito della stazione appaltante del relativo provvedimento che tale decisione formalizza.

E ciò in quanto il *dies a quo* per le suddette impugnazioni di esclusione/ammissione è assistito da un regime di specialità rispetto ad ogni altra tipologia di impugnazione in materia di gare pubbliche. Regime dettato nello specifico dall'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., il quale prevede come detto che il termine per ricorrere decorra dalla pubblicazione del provvedimento formale di ammissione/esclusione sul sito della stazione appaltante.

Alla luce di quanto appena esposto la sollevata eccezione di tardività non merita pertanto di essere condivisa.

6. Ancor prima di affrontare il merito il collegio ritiene in via preliminare di soffermarsi, per priorità logica nell'ordine delle questioni, sull'istanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia circa la compatibilità comunitaria delle disposizioni di cui all'art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis* c.p.a., come introdotte dal nuovo codice degli appalti (decreto legislativo n. 50 del 2016).

Con tale istanza parte ricorrente lamenta che il sistema del rito c.d. superaccelerato si porrebbe in realtà in pieno contrasto con il principio di miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di cui alla direttiva 89/665/CE.

La tesi non può essere condivisa dal collegio. Più in particolare:

a) evidenzia in primo luogo la difesa di Life Cure che, nell'ipotesi in cui il ricorrente avverso la decisione di ammissione risulti poi aggiudicatario dell'appalto, il ricorso proposto ai sensi dell'art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis* si rivelerebbe *inutiliter dato*, con spreco di attività processuale e di risorse economiche in danno del ricorrente medesimo. Ad avviso del collegio la questione, pur suggestivamente prospettata, non assume comunque rilevanza ai fini di cui si discute atteso che l'aggiudicatario finale è poi risultato il concorrente di cui si lamenta l'ammissione e non il ricorrente che in questa sede ricorre. In altre parole, un simile rinvio dinanzi alla CGE correrebbe seriamente il rischio di essere dichiarato irricevibile dal momento che la questione, qualora sollevata nei termini di cui sopra, non avrebbe alcun rapporto con l'oggetto della causa principale, secondo noti insegnamenti della stessa Corte di Giustizia;

b) sottolinea in secondo luogo la difesa di Life Cure che, qualora l'odierno ricorrente non si aggiudichi comunque l'appalto, il ricorso in questa sede propugnato sarebbe se del caso vinto del tutto inutilmente. Si tratta in altri termini dell'ipotesi in cui aggiudicatario si riveli un soggetto diverso sia dall'odierno ricorrente sia dall'odierno controinteressato (il soggetto la cui ammissione viene ossia in questa sede contestata). Ad avviso del collegio anche tale

questione difetta di pertinenza, ai fini del suddetto rinvio pregiudiziale, atteso che nel caso di specie l'aggiudicatario è risultato il soggetto la cui ammissione viene contestata: pertanto, una eventuale decisione di accoglimento si riverbererebbe altresì sull'aggiudicazione finale, per legittimità derivata, con conseguente possibilità per l'odierna ricorrente di conseguire una *utilitas* concreta. Una pronuncia della CGE su tale specifico aspetto, in altre parole, non sarebbe necessaria a questo giudice nazionale per emettere la propria decisione;

c) evidenzia in terzo luogo la difesa di parte ricorrente che in forza della nuova disposizione codicistica si rischierebbe una eccessiva proliferazione di ricorsi, con inevitabile ingolfamento dei ruoli dei singoli tribunali amministrativi regionali. Osserva il collegio come la questione, così formulata, non consenta di rilevare la presenza di un interesse concreto ed attuale in capo alla ricorrente atteso che essa riguarda l'eventuale apprestamento di misure organizzative interne di esclusivo appannaggio, in quanto tali, dei competenti uffici della Giustizia Amministrativa;

d) rileva in quarto luogo la difesa di parte ricorrente che la presentazione del ricorso non produrrebbe alcun effetto "stand still" sulla stipulazione del contratto tra la stazione appaltante ed il soggetto illegittimamente ammesso alla gara (e poi successivamente divenuto aggiudicatario). Osserva il collegio come un simile strumento sia previsto sì in merito alla impugnazione della aggiudicazione ma soltanto in forza di una specifica previsione della direttiva comunitaria poi recepita con il decreto legislativo n. 50 del 2016. Di qui l'assenza di un obbligo di derivazione comunitaria, in capo agli Stati Membri, per tutte le impugnazioni diverse dalla aggiudicazione stessa. A ciò si aggiunga che, sempre in termini di effettività della tutela e di efficacia dei mezzi di ricorso giurisdizionale, la possibilità di accedere al suddetto strumento dello "stand still" si riepande, per il tramite del meccanismo processuale dei motivi aggiunti (applicabile come si avrà modo più avanti di dimostrare anche all'interno di siffatto particolare rito), nel momento in cui il ricorrente deciderà di impugnare altresì l'eventuale e successivo provvedimento di aggiudicazione, in favore del concorrente illegittimamente ammesso, ai sensi dell'art. 32, comma 1, codice appalti;

e) evidenzia in quinto luogo la difesa di parte ricorrente che l'assenza di una fase cautelare, all'interno di tale particolare rito, si porrebbe anch'essa in contrasto con i più volte richiamati principi di effettività della tutela e di efficacia dei mezzi di ricorso giurisdizionale. Rileva il collegio come sulla questione si sia già sostanzialmente espresso il Consiglio di Stato, in sede di parere sullo schema di decreto delegato poi sfociato nel suddetto codice appalti (decreto legislativo n. 50 del 2016), nella parte in cui è stato affermato che *"con riguardo al rito «?superspeciale?» previsto per le ammissioni e le esclusioni ... la tutela cautelare diventa, di fatto e nella ordinarietà dei casi, superflua, attesi i tempi strettissimi in cui si perviene alla decisione di merito, di cui può anche essere anticipata la pubblicazione del dispositivo. Sicché la funzione anticipatoria che è propria e tipica della tutela cautelare non troverà ordinariamente possibilità di pratica esplicazione"* (Cons. Stato, comm. spec., 1° aprile 2016, n. 464). A ciò si aggiunga che lo stesso codice del processo amministrativo, nel momento in cui ha provveduto a disciplinare determinati istituti di carattere processuale caratterizzati dall'estrema semplicità e celerità del sotteso procedimento giurisdizionale (cfr. ottemperanza, accesso agli atti, silenzio inadempimento), non ha parimenti previsto una fase cautelare quale quella invocata dalla difesa di parte ricorrente. E ciò pur sempre nella dirimente considerazione per cui determinati riti speciali – si ripete strutturati e concepiti sulla base di taluni principi di

semplificazione ed accelerazione processuale – risultano *ispo iure* idonei ad assorbire e comunque a rendere del tutto superflua l'adozione di determinate decisioni di natura provvisoria ed interinale;

f) in sesto ed ultimo luogo la difesa di parte ricorrente sottolinea che l'onere di proporre due distinti ricorso, il primo avverso le ammissioni ed il secondo avverso l'aggiudicazione, costituirebbe un evidente aggravio di natura processuale ed economica. Il collegio ritiene tuttavia al riguardo di aderire a quel dato orientamento giurisprudenziale (cfr. T.A.R. Napoli, sez. VIII, 19 gennaio 2017, n. 434; TAR Bari, sez. I, 7 dicembre 2016, n. 1367) secondo cui, anche in tali casi, sarebbe ben possibile ricorrere all'istituto dei motivi aggiunti (da formulare ossia avverso il successivo provvedimento di aggiudicazione). E ciò in quanto: 1) il comma 7 dell'art. 120 c.p.a. deve essere interpretato nel senso di riconoscere alla parte ricorrente la facoltà (e non l'obbligo) di proporre autonoma impugnativa avverso il provvedimento di aggiudicazione della gara, ove questo sia sopraggiunto all'introduzione del non ancora definito giudizio ex art. 120 comma 6 bis, c.,p.a.; 2) una eventuale preclusione di questo genere (obbligo e non facoltà di proporre giudizi separati) sarebbe contraria a fondamentali principi di "economia processuale"; 3) in questa stessa direzione depone tra l'altro il principio generale della cumulabilità delle azioni connesse soggette a riti diversi di cui all'art. 32, comma 1 c.p.a. Questo, in particolare, il prezioso ragionamento offerto dal TAR Napoli nella citata sentenza n. 434 del 2017: *"In linea generale, la previsione di un rito superaccelerato per l'impugnativa dei provvedimenti di esclusione o ammissione è volta, nella sua ratio legis, a consentire la definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione. Ovverosia, in sostanza, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione. Una volta, tuttavia, che il provvedimento di aggiudicazione intervenga in corso di causa, non appare logico, né utile ai fini delle ragioni di economia processuale, precludere l'impugnativa di quest'ultimo provvedimento con motivi aggiunti. Anzi appare del tutto contrario ai principi di economia e concentrazione processuale, oltre che foriero di possibili contrasti fra giudicati, sostenere che il provvedimento di aggiudicazione sopravvenuto debba essere impugnato con ricorso autonomo e che le due impugnative non possano confluire in un unico giudizio.*

In questo senso depone fra l'altro il principio generale della cumulabilità delle azioni connesse soggette a riti diversi di cui all'art. 32, comma 1 c.p.a., a mente del quale "È sempre possibile nello stesso giudizio il cumulo di domande connesse proposte in via principale o incidentale. Se le azioni sono soggette a riti diversi, si applica quello ordinario, salvo quanto previsto dal Titolo V del Libro IV" ... Il principio di cumulabilità delle azioni è volto a garantire l'unitarietà del giudizio, in coerenza con il principio di effettività e completezza della tutela giurisdizionale, assicurando la valutazione complessiva della vicenda sostanziale portata all'attenzione del giudice.

Tale principio viene talmente valorizzato nell'ambito del diritto processuale amministrativo sino, ad esempio, ad ammettere la cumulabilità di due azioni ontologicamente diverse e assoggettate a due riti ben distinti quali quella di esecuzione del giudicato (azione di giurisdizione di merito, di natura prevalentemente esecutiva e soggetta a un rito abbreviato) e quella di legittimità (assoggetta al rito ordinario). Per gli atti posti in essere dalla P.A. successivamente al giudicato viene, infatti, ammesso che l'azione per far valere l'illegittimità di

tali atti venga cumulata con quella volta a far valere la violazione del giudicato e alla sua esecuzione (Cons. Stato, Ad. Plen. 15 gennaio 2013, n. 2; Cons. Stato, sez. V, 9 aprile 2015, n. 1806 e 1808; Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2015, n. 854).

Tale esigenza di unitarietà non può non trovare eco anche in materia di impugnativa delle procedure di gara, per provvedimenti, come quelli in esame, in stretta connessione tra loro, anzi uno condizionante l'altro, come l'esclusione o l'ammissione di concorrenti e l'aggiudicazione definitiva. Tenendo conto di ciò, il Collegio ritiene che il comma 7 dell'art. 120 c.p.a. debba essere interpretato nel senso di riconoscere alla parte ricorrente la facoltà (e non l'obbligo) di proporre autonoma impugnativa avverso il provvedimento di aggiudicazione della gara, ove questo sia sopraggiunto all'introduzione del non ancora definito giudizio ex art. 120, comma 6 bis, c.p.a., senza in assoluto escludere né la possibilità di un'impugnativa congiunta, né la proposizione successiva di motivi aggiunti”.

Alla luce di quanto sopra partitamente riportato deve dunque rigettarsi l'istanza di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE.

7. Per le stesse ragioni, ossia per la sostanziale assenza di lesività del principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost. [cfr. lettere c), d), e) ed f)] nonché per assenza di rilevanza delle questioni specificamente sollevate [cfr. lettere a) e b)], deve essere parimenti respinta la questione di legittimità costituzionale pure sollevata dalla difesa di parte ricorrente con memoria in data 4 luglio 2017.

8. Nel merito il ricorso è peraltro infondato per le ragioni di seguito riportate.

8.01. Giova rammentare che, nella prospettiva della difesa di parte ricorrente: a) la controinteressata SAD ha ottenuto l'autorizzazione definitiva ad esercitare l'attività di assistenza domiciliare soltanto con provvedimento regionale in data 20 febbraio 2017. Dunque alla data di scadenza per la presentazione delle offerte (22 dicembre 2016) la stessa SAD non sarebbe stata in possesso dei necessari requisiti di partecipazione, avendo a quella data acquisito una mera “autorizzazione provvisoria”, come tale inidonea ad assumere determinati impegni; b) in ogni caso, anche a voler ritenere sufficiente un simile titolo (autorizzazione provvisoria), con atto in data 27 gennaio 2017 la Regione avrebbe diffidato la stessa SAD a sospendere la propria attività per la mancata produzione di taluni documenti in sede di domanda di autorizzazione regionale.

8.1. Va preliminarmente osservato che il DCA n. 134 del 2016, il quale disciplina il percorso di accreditamento istituzionale per le attività di Assistenza Domiciliare Integrata (ADI) per persone non autosufficienti, prevede al punto n. 5) del dispositivo finale che, nelle more della definizione del suddetto procedimento di accreditamento istituzionale, “*le aziende sanitarie locali possono espletare procedure di gara della durata massima di 6 ... mesi ... alle quali dovranno partecipare i soggetti autorizzati*”. Senza a tal fine specificare se si debba trattare di soggetti autorizzati in via definitiva oppure anche soltanto autorizzati – come prospettato dalla difesa di parte ricorrente – in via provvisoria (ossia in attesa della definizione del procedimento di verifica, come si avrà modo più avanti di osservare). Ne deriva da quanto detto che, in applicazione del fondamentale principio del *favor participationis* che deve presiedere al

governo delle pubbliche gare, la mancanza di una simile distinzione farebbe già di per sé propendere per l'ammissione alle suddette gare di tutti i soggetti comunque autorizzati, a prescindere dalla definitività o meno del processo di verifica nel frattempo avviato ad opera della competente amministrazione regionale. E tanto anche in ossequio all'altrettanto fondamentale principio di non aggravio dell'azione amministrativa in base al quale risulterebbe fortemente incongruo ed irrazionale escludere dalla gara un soggetto che ha già i requisiti per essere formalmente e definitivamente autorizzato ma che è ancora legato, in tale prospettiva, ad una attività (verifica, in particolare) che tuttavia deve compiere la pubblica amministrazione e non il privato stesso. Del resto: a) qualora si escluda un soggetto che poi, all'esito della verifica amministrativa, risulti definitivamente autorizzato, ciò si porrebbe in contrasto altresì con il canone di proporzionalità dell'azione amministrativa; b) in caso di ammissione di un soggetto che poi, all'esito di verifica, risulti al contrario inidoneo, ciò si riverbererebbe comunque sugli esiti della gara, con salvezza tra l'altro delle prerogative concorrenziali degli altri soggetti partecipanti.

8.2. In ogni caso, anche a prescindere da quanto sopra evidenziato non può sottacersi che l'autorizzazione definita "provvisoria" dalla difesa di parte ricorrente già costituisca titolo idoneo a partecipare alle pubbliche gare. E ciò per le ragioni che di seguito saranno partitamente illustrate.

8.2.1. Va infatti osservato, in primo luogo, che il sistema complessivamente delineato dalla legge regionale n. 4 del 2003 (Norme in materia di autorizzazione alla realizzazione di strutture e all'esercizio di attività sanitarie e socio-sanitarie) e del regolamento regionale n. 2 del 2007 [Disposizioni relative alla verifica di compatibilità e al rilascio dell'autorizzazione all'esercizio, in attuazione dell'articolo 5, comma 1, lettera b), della legge regionale 3 marzo 2003, n. 4] prevede in particolare che:

a) ai fini dell'autorizzazione all'esercizio di determinate attività sanitarie (es. prestazioni di assistenza specialistica in regime ambulatoriale oppure in regime di ricovero ospedaliero) sia rilasciata una autorizzazione espressa e definitiva soltanto a seguito di specifica domanda, previa istruttoria e verifica dei requisiti (strutture c.d. "ad istruttoria complessa"). Ad altre strutture (c.d. "ad istruttoria semplice" o "a bassa complessità", come le attività di assistenza domiciliare, gli studi odontoiatrici, medici e di altre professioni sanitarie) tale autorizzazione viene già preventivamente *ex lege* riconosciuta, nelle more del prescritto procedimento di verifica, mediante semplice trasmissione di atto di notorietà circa il possesso dei requisiti minimi per avviare determinate attività ed attraverso connessa comunicazione di inizio attività [art. 5, comma 1-bis, della legge regionale n. 4 del 2003 e art. 8, comma 2, lettera b), del regolamento regionale n. 2 del 2007]. La società controinteressata rientra dunque tra queste ultime, trattandosi come già detto di struttura che si occupa di assistenza domiciliare integrata;

b) in tale ultimo caso, pertanto, l'attività può essere avviata 45 giorni dopo la suddetta comunicazione (art. 8, comma 2-bis, del regolamento regionale n. 2 del 2007). Nelle more viene avviato il procedimento di verifica dei suddetti requisiti. L'art. 5, comma 1-bis, della Legge Regionale n. 4 del 2003, parla di soggetti a tal fine già "autorizzati". Si tratta dunque, al di là della sua qualificazione formale, di autorizzazione *ex lege* che discende direttamente dalla volontà del legislatore regionale e che abilita a tutti gli effetti l'esercizio della relativa attività

(nella specie, di assistenza domiciliare). Nel caso di cui si controverte siffatta comunicazione è pacificamente avvenuta in data 28 novembre 2016, dunque in data senz'altro anteriore rispetto a quello di scadenza della presentazione delle offerte;

c) all'esito delle verifiche: se queste sono positive viene adottato un provvedimento di autorizzazione definitiva. Se invece sono negative il provvedimento è di rigetto o, in caso di strutture "ad istruttoria semplice", di divieto di prosecuzione dell'attività (cfr. art. 10 del regolamento regionale n. 2 del 2007);

d) in ogni caso è possibile che, in caso di carenze istruttorie o di lacune progettuali comunque colmabili, l'amministrazione possa invitare il richiedente a conformarsi entro un dato termine mediante la presentazione di un piano di adeguamento (cfr. art. 11 del regolamento regionale n. 2 del 2007) il quale, se ritenuto congruo, potrà dare seguito alla adozione di un provvedimento positivo di cui alla lettera c).

8.2.2. Tanto premesso è evidente come l'articolazione procedimentale e la struttura provvedimentale sopra descritte ricalchino, almeno in gran parte, quella disciplinata dall'art. 19 della legge n. 241 del 1990 in tema di segnalazione certificata di inizio attività (c.d. SCIA). Ed infatti:

a) anche in questo caso vengono sottoposti a tale meccanismo i procedimenti ad istruttoria meno complessa, quelli ossia da sottoporre a semplice verifica e accertamento di requisiti e presupposti direttamente prescritti dalla legge (art. 19, comma 1, cit.);

b) anche in questo caso l'attività può essere intrapresa in seguito alla presentazione – seppure senza il diaframma di un termine di comporta di 45 giorni quale quello previsto nelle citate disposizioni regionali – di un atto di notorietà (oltre che di una dichiarazione o di una asseverazione tecnica) circa il possesso di determinati requisiti (art. 19, commi 1 e 2, legge 241);

c) anche in questo caso, all'esito delle prescritte verifiche, se esse sono negative il procedimento si conclude con una inibitoria quanto alla prosecuzione dell'attività. Con la sola differenza che, in caso di esito positivo delle suddette verifiche, l'amministrazione non è tenuta ad adottare qualsivoglia provvedimento di segno positivo (art. 19, comma 3, legge 241);

d) anche in questo caso, in presenza di lacune progettuali agevolmente risolvibili dal privato, la PA può adottare un invito a conformarsi entro 30 giorni (art. 19, comma 3, legge 241).

8.2.3. Data la presenza delle suddette forti analogie tra procedimento regionale per l'autorizzazione di strutture sanitarie "a bassa complessità" e le attività di cui al citato art. 19 della legge n. 241 del 1990 – fatta eccezione per la presenza, nel procedimento regionale, di un provvedimento finale anche in caso di positiva valutazione che tuttavia, nella sostanza, non muta alcunché sul piano degli effetti pratici e sostanziali – va da sé che, così come la SCIA costituisce titolo idoneo a sostituire talune "autorizzazioni" (cfr. dato testuale art. 19, comma 1, nonché in giurisprudenza, *ex multis*, Corte costituzionale, sentenza n. 239 del 2016), allo stesso modo la comunicazione effettuata dal privato nei modi e nei termini previsti dalle

suddette disposizioni regionali di settore ben potrebbe essere equiparata a tutti gli effetti – dunque anche ai fini della partecipazione alle gare pubbliche regionali secondo quanto previsto dal citato DCA n. 134 del 2016 – ad un qualsivoglia titolo autorizzatorio.

8.2.4. Del resto: la richiamata DCA n. 134 del 2016 richiama formalmente le “autorizzazioni” ma si riferisce, nella sostanza, ad ogni titolo abilitativo idoneo ad esercitare talune attività e, in particolare, l’assistenza domiciliare integrata. Titolo abilitativo che, nel caso descritto dalle richiamate disposizioni regionali di settore, come già anticipato si acquisisce all’indomani di una fattispecie a formazione progressiva che va dalla comunicazione di inizio attività (da ritenere peraltro facoltativa), la quale tuttavia già autorizza *ex lege* l’esercizio della specifica attività e dunque anche la assunzione di impegni quali quello di contrarre con la PA (non essendovi al riguardo alcuna preclusione di carattere normativo o sistematico), e termina con la suddetta autorizzazione finale la quale, anche in termini pratici oltre che giuridici, è per lo più destinata a consolidare gli effetti già almeno in parte maturatisi con l’avvio delle suddette attività mediante comunicazione *ex art. 5, comma 1-bis, della legge regionale n. 4 del 2003 e art. 8, comma 2, lettera b), del regolamento regionale n. 2 del 2007.*

8.3. Sotto ulteriore – e se si vuole complementare – profilo, la autorizzazione che si acquisisce *ex lege* mediante comunicazione di cui all’art. 5, comma 1-*bis*, ben potrebbe essere ricondotta alla figura del *provvedimento amministrativo condizionato*, pure ammessa dalla giurisprudenza in taluni casi e, in particolare, allorché le prescrizioni imposte dalla PA non richiedano necessariamente ulteriori attività, da parte del richiedente, i cui esiti debbano poi essere ulteriormente sottoposti alle valutazioni della PA onde poter compiutamente definire l’oggetto dell’autorizzazione medesima e la sua conformità ai parametri legali (cfr. TAR Liguria, sez. I, 21 gennaio 2000, n. 35; 8 maggio 2006, n. 433). Provvedimento condizionato qui comunque agevolmente ricostruibile atteso che il privato, una volta data la suddetta comunicazione ed una volta trasmesso il relativo atto di notorietà, non è tenuto ad espletare alcuna ulteriore attività, essendo la sola PA a dover effettuare le dovute verifiche sulla base di quanto allegato dal richiedente anche mediante dichiarazione circa la sussistenza dei requisiti minimi;

8.4. Da quanto complessivamente detto deriva che nel caso di specie sicuramente sono state rispettate le coordinate ermeneutiche e normative al fine di inquadrare la presenza di un idoneo titolo abilitativo i cui presupposti e le cui condizioni (*id est*, positivo procedimento di verifica) sono state peraltro tutte ampiamente rispettate.

8.5. Né al riguardo potrebbe essere condivisa l’eccezione di parte ricorrente circa la ritenuta interruzione del suddetto titolo abilitativo, dato che alla nota del 27 gennaio 2017 – con la quale si diffidava SAD dal proseguire l’attività per mancata ottemperanza ad alcune prescrizioni della ASL Roma 6 – è seguito immediato ed esaustivo riscontro della stessa SAD con la quale si faceva presente che quella stessa documentazione, a ben vedere, era già stata versata in atti a seguito delle verifiche ASL e, in particolare, in data 15 dicembre 2016 (la stessa ASL Roma 6 avrebbe poi “girato” siffatta documentazione integrativa in data 24 gennaio 2017). Riscontro di cui l’amministrazione regionale ha preso positivamente atto dal momento che il provvedimento positivo finale di autorizzazione è stato poi in effetti rilasciato, senza contestazioni ulteriori, il successivo 20 febbraio 2017: di qui il superamento delle iniziali obiezioni contenute nella diffida del 27 gennaio 2017.

9. In conclusione la specifica censura deve essere rigettata, stante la validità del titolo abilitativo acquisito per effetto della comunicazione in data 28 novembre 2016 e poi successivamente consolidatosi mediante provvedimento espresso in data 20 febbraio 2017, e tanto con ogni conseguenza in ordine alla infondatezza dell'intero gravame.

10. Stante la sostanziale novità delle questioni esaminate sussistono peraltro giusti motivi per compensare integralmente tra le parti costituite le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, LO RIGETTA.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Sapone, Presidente

Alfredo Storto, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
IL PRESIDENTE

Massimo
Santini
Giuseppe Sapone

Guida alla lettura

La sentenza in oggetto (TAR Lazio, III quater, 22 agosto 2017, n. 9379) offre l'occasione per alcune considerazioni, tanto di diritto processuale quanto di diritto sostanziale.

La vicenda giudiziaria prende le mosse da una procedura europea per l'affidamento del servizio di erogazione di cure domiciliari di elevata intensità e di assistiti in ventilazione meccanica continuativa, avviata dall'Azienda USL Roma 6.

Sul piano processuale, la questione rilevante attiene al c.d. "*rito superaccelerato*" introdotto all'art. 120, comma 2-*bis*, C.p.a. dal nuovo Codice dei contratti pubblici (cfr. art 29 D.Lgs. 50/2016) per l'impugnazione del provvedimento che, a seguito della valutazione dei requisiti, determina l'ammissione alla procedura di gara o l'esclusione da essa.[\[1\]](#)

A tal riguardo, secondo il giudice amministrativo la norma è chiara nello stabilire che il termine di trenta giorni previsto per la suddetta impugnazione decorra unicamente dalla pubblicazione sul profilo della stazione appaltante del provvedimento di ammissione ed esclusione. In conseguenza di un simile regime di specialità, dunque, non rileva in alcun modo la previa (piena) conoscenza del provvedimento lesivo che sia avvenuta in forme diverse da quella tipizzata dal legislatore all'art. 120, comma 2-*bis*, C.p.a..

Sempre sul piano processuale, oltre a quanto appena esposto, dalla lettura della sentenza emerge un'altra considerazione di rilievo: l'*incipit* dell'art. 120, comma 7, C.p.a., secondo il quale "***ad eccezione dei casi previsti dal comma 2 bis, i nuovi atti attinenti la medesima procedura di gara devono essere impugnati con ricorso per motivi aggiunti***", non determinerebbe un obbligo di autonoma impugnativa degli atti di gara bensì una semplice facoltà.[\[2\]](#)

In sintesi, secondo la ricostruzione svolta, qualora nelle more del giudizio sul provvedimento di ammissione/esclusione sopraggiunga l'aggiudicazione, quest'ultima potrà essere validamente impugnata sia con autonomo ricorso che con motivi aggiunti.[\[3\]](#) D'altra parte, oltre al dato letterale, depone in tal senso il principio generale della cumulabilità delle azioni connesse soggette a riti differenti di cui all'art. 32, comma 1, C.p.a., volto a garantire quella unitarietà di giudizio che risulta essenziale in materia di impugnativa degli atti di gara, stante la stretta connessione fra le singole fasi della procedura (sul punto, cfr. sent. TAR Napoli, sez. VIII, 19 gennaio 2017 n. 434).

Spostando ora l'attenzione sui profili di diritto sostanziale, attinenti al merito della vicenda, la questione principale riguarda la possibilità, contestata da parte ricorrente, di poter partecipare ad una gara avendo ottenuto una mera autorizzazione "provvisoria" che discenda dalla semplice trasmissione, da parte del privato, di un atto di notorietà e di una comunicazione d'inizio attività, che attestino il possesso dei requisiti necessari per l'esercizio di quest'ultima.

Più in particolare, la ricorrente lamentava la circostanza che la controinteressata, alla data della presentazione delle offerte, non avesse ancora ottenuto l'autorizzazione definitiva rilasciata dall'Amministrazione e, pertanto, non fosse in pieno possesso dei requisiti di

partecipazione.

A tal proposito, prendendo le mosse dalla lettera delle disposizioni regionali che disciplinano il procedimento di accreditamento istituzionale per le attività di assistenza domiciliare integrata (*i.e.* Legge Reg. Lazio n. 4 /2003 e Regolamento Reg. Lazio n. 2/2007), il giudice amministrativo stabilisce che laddove la legge preveda un meccanismo di semplice trasmissione di atto di notorietà, attestante il possesso dei requisiti minimi richiesti, accompagnato dalla connessa comunicazione d'inizio attività, cui faccia poi seguito un procedimento di verifica da parte dell'Amministrazione competente, volto a verificare l'effettiva sussistenza dei suddetti requisiti, l'autorizzazione all'esercizio dell'attività discende direttamente *ex lege* dalla comunicazione (attività che, nel caso di specie, può tuttavia essere intrapresa solamente dopo che sia decorso il termine di 45 giorni dall'invio della richiesta di autorizzazione e a condizione che sia stata trasmessa la suddetta comunicazione d'inizio attività, secondo quanto previsto dalla normativa regionale di riferimento).

Assimilando questa fattispecie alla segnalazione certificata d'inizio attività prevista dall'art. 19 Lg. 241/1990, il TAR statuisce che la provvisorietà della suddetta autorizzazione regionale non dipende dalla mancanza di una autorizzazione espressa e definitiva da parte dell'autorità, ma è collegata al possibile utilizzo del potere inibitorio in esito al procedimento di verifica.^[4]

Si tratterebbe, nella sostanza, di una *fattispecie a formazione progressiva* che va dalla comunicazione d'inizio attività, la quale, decorso il suddetto termine di 45 giorni dall'inoltro della richiesta, già autorizza *ex lege* l'esercizio della specifica mansione nonché la possibile assunzione di impegni con la Pubblica Amministrazione (ivi compreso, in assenza di un divieto normativo espresso, anche l'impegno a contrarre), alla autorizzazione finale, destinata unicamente a consolidare gli effetti già in parte maturati.

In conclusione, in una fattispecie equiparabile al meccanismo della S.C.I.A. e in applicazione del fondamentale principio del *favor participationis*, il titolo abilitativo (*i.e.* l'autorizzazione), acquisito per effetto della semplice comunicazione alla pubblica amministrazione competente, legittima pienamente la società a partecipare alla gara indetta dalla stazione appaltante, non occorrendo alcun atto formale d'autorizzazione. D'altro canto, sarebbe del tutto illogico impedire, per cause imputabili alla pubblica amministrazione, la partecipazione ad una gara ad un soggetto che abbia espletato tutte le attività prescritte a suo carico dalla norma.

A contrario, dal ragionamento svolto si deve dedurre che solamente un esito negativo del procedimento di verifica, che comporti il divieto di prosecuzione dell'attività già avviata (in forza della comunicazione d'inizio attività), possa determinare l'estromissione dalla gara pubblica per mancanza dei requisiti necessari in capo alla concorrente.

^[1] Così recita la disposizione: "*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. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere*

l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. E' altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività" (art. 120, comma 2-bis, C.p.a.).

[2] In sostanza, l'obbligo dei motivi aggiunti per l'impugnazione dei nuovi atti di gara vale per tutti i casi diversi dal giudizio sul provvedimento di ammissione ed esclusione dei partecipanti, per il quale il suddetto obbligo diventa mera facoltà.

[3] A tal proposito, occorre sottolineare come il legislatore abbia previsto che *"l'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale"* (art. 120, comma 2-bis, C.p.a.).

In forza di un simile *obbligo di impugnazione*, nel caso di mancato ricorso avverso il provvedimento di ammissione, la norma impedirebbe di invocare l'illegittimità (derivata) di un'ipotetica aggiudicazione per mancanza dei requisiti in capo all'aggiudicatario, costringendo i partecipanti ad una sorta di ricorso preventivo o precauzionale (senza dimenticare, in aggiunta, le problematiche connesse ad una possibile sovrapposizione dei termini per l'impugnazione del provvedimento di ammissione/esclusione con quelli previsti dai procedimenti autorizzatori *a formazione progressiva*, eventualmente richiesti per il riconoscimento dei requisiti necessari per partecipare alla gara). Stante una simile preclusione, contro un soggetto che, in un secondo momento, si scopra essere privo dei prescritti requisiti e sia divenuto, nel frattempo, aggiudicatario, non vi sarebbe alcun rimedio giurisdizionale atto a far valere l'illegittimità dell'aggiudicazione per mancanza dei suddetti requisiti, comportando - quasi paradossalmente - la possibilità che l'attività venga svolta da un soggetto, in concreto, non idoneo.

[4] A ben vedere, in virtù del fatto che l'attività non può essere avviata immediatamente ma solo decorso il termine di 45 giorni previsto per l'attivazione del procedimento di verifica, la fattispecie prevista dal legislatore regionale sarebbe assimilabile più al meccanismo che era previsto per la dichiarazione d'inizio attività (D.I.A.), piuttosto che a quello previsto dall'art. 19 Lg. 241/1990.

