

N. 01297/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00770/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia
(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 770 del 2018, proposto da:
Nacatur International Import Export s.r.l. a socio unico, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Vittorio Miniero,
con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Innovapuglia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dall'avvocato Leonardo Patroni Griffi, con domicilio digitale come da PEC
da Registri di Giustizia e con domicilio eletto in Bari, piazza Luigi di Savoia, 41/A;

per l'annullamento

- del provvedimento prot. n. 180427008 del 27.4.2018, con il quale è stata disposta
l'esclusione di Nacatur International Import Export s.r.l. dalla gara telematica a
procedura aperta *ex art.* 60 D.Lgs. n. 50/2016 per la "Fornitura in
somministrazione di aghi e siringhe per i fabbisogni delle Aziende Sanitarie della
Regione Puglia" relativamente ai lotti n. 55 - 58 - 62 - 83 - 85 - 86 - 87 - 88 - 89,
comunicato in data 27.4.2018 prot. 180427015;

- di tutti i verbali di gara di seduta pubblica e di seduta riservata relativi ai lotti n. 55
- 58 - 62 - 83 - 85 - 86 - 87 - 88 - 89, dai quali consegue l'esclusione della impresa
ricorrente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Innovapuglia s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10 cod. proc. amm.;

Relatore il dott. Francesco Cocomile e uditi nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2018 per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Ritenuta meritevole di positivo apprezzamento l'eccezione di irricevibilità formulata da Innovapuglia s.p.a. nella memoria depositata in data 3.10.2018;

Rilevato, a tal riguardo, che:

- Il cd. rito super accelerato di cui all'art. 120, comma 2 *bis* cod. proc. amm. - secondo la più recente giurisprudenza amministrativa - non comporta l'inapplicabilità del generale principio sancito dall'art. 41, comma 2 cod. proc. amm. secondo cui il termine per l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi decorre in ogni caso dal momento dell'avvenuta conoscenza degli stessi, purché siano immediatamente percepibili i profili che ne rendano evidente la lesività per la sfera giuridica dell'interessato.

Infatti, sul punto specifico Cons. Stato, Sez. VI, 13.12.2017, n. 5870 ha rimarcato:

«... Sebbene il comma 2-*bis* dell'art. 120 cod. proc. amm., inserito dall'art. 204, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 50/2016 (a decorrere dal 19 aprile 2016, ai sensi di quanto disposto dall'art. 220 d.lgs. n. 50/2016), nella disciplina del c.d. rito super-speciale previsto per l'impugnazione degli atti di esclusione e di ammissione (d) alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, faccia riferimento, ai fini della decorrenza dell'ivi previsto termine d'impugnazione di trenta giorni, esclusivamente alla pubblicazione del provvedimento di ammissione o esclusione sul profilo telematico della stazione appaltante ai sensi dell'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, ritiene il Collegio che ciò non implichi l'inapplicabilità del generale

principio sancito dall'art. 41, comma 2, cod. proc. amm. e riaffermato nel comma 5, ultima parte, dell'art. 120 cod. proc. amm., per cui, in difetto della formale comunicazione dell'atto - o, per quanto qui interessa, in difetto di pubblicazione dell'atto di ammissione sulla piattaforma telematica della stazione appaltante -, il termine decorre dal momento dell'avvenuta conoscenza dell'atto stesso, purché siano percepibili i profili che ne rendano evidente la lesività per la sfera giuridica dell'interessato in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall'ordinamento processuale. In altri termini, in difetto di un'espressa e univoca correlativa espressa previsione legislativa a valenza derogatoria e in assenza di un rapporto di incompatibilità, deve escludersi che il comma 2-bis dell'art. 120 cod. proc. amm. abbia apportato una deroga all'art. 41, comma 2, cod. proc. amm. e al principio generale della decorrenza del termine di impugnazione dalla conoscenza completa dell'atto. La piena conoscenza dell'atto di ammissione della controinteressata, acquisita prima o in assenza della sua pubblicazione sul profilo telematico della stazione appaltante, può dunque provenire da qualsiasi fonte e determina la decorrenza del termine decadenziale per la proposizione del ricorso. ...».

- La regola in esame è stata recentemente riaffermata dal Consiglio di Stato (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 17.9.2018, n. 5434) proprio con riferimento ad una vicenda sovrapponibile a quella per cui è causa, ove il ricorso era stata proposto, come nel caso di specie, per l'impugnazione di un provvedimento che si limitava a recepire e confermare l'esclusione da una procedura di gara (*rectius* declaratoria della "non accettabilità" dell'offerta) in realtà già disposta dalla Commissione nell'ambito di seduta pubblica ove era presente un rappresentante dell'impresa, il quale era dunque pienamente a conoscenza delle ragioni poste a fondamento del provvedimento di esclusione.

La fattispecie è stata decisa dal Consiglio di Stato con la seguente motivazione:

«... Rilevato infatti che alla seduta della commissione del 30.3.2018, alla quale era presente un rappresentante dell'impresa appellante, è stata data lettura integrale dei precedenti verbali, compreso di quello del 15.2.2018, recante la motivata declaratoria della “non accettabilità” delle offerte della medesima appellante, che la stazione appaltante, con l'impugnata determina n. 584 del 26 aprile 2018, si è limitata a recepire e confermare;

Rilevato infatti che, come recentemente evidenziato da questo giudice (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 4180 del 9 luglio 2018), “la disposizione in parola (art. 120, comma 2 bis, cod. proc. amm.: *n.d.e.*) non implica l'assoluta inapplicabilità del generale principio sancito dagli artt. 41, comma 2 e 120, comma 5, ultima parte, del cod. proc. amm., per cui, in difetto della formale comunicazione dell'atto - o, per quanto qui interessa, in mancanza di pubblicazione di un autonomo atto di ammissione sulla piattaforma telematica della stazione appaltante - il termine decorre, comunque, dal momento dell'intervenuta piena conoscenza del provvedimento da impugnare, ma ciò a patto che l'interessato sia in grado di percepire i profili che ne rendano evidente la lesività per la propria sfera giuridica in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall'ordinamento processuale. In altri termini, “la piena conoscenza dell'atto di ammissione della controinteressata, acquisita prima o in assenza della sua pubblicazione sul profilo telematico della stazione appaltante, può dunque provenire da qualsiasi fonte e determina la decorrenza del termine decadenziale per la proposizione del ricorso” (Cons. St. 5870 del 2017)”;

Evidenziato che, laddove si tratti - come nella specie - della impugnazione di un provvedimento di esclusione, la conoscenza dei relativi profili lesivi deve ritenersi insita nella percezione della sua adozione da parte dell'impresa esclusa, tanto più se acquisita congiuntamente a quella delle relative ragioni determinanti;

Evidenziato conseguentemente che il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, proposto dalla parte ricorrente solo in data 25.5.2018, non può che essere considerato tardivo, nella parte in cui si rivolge avverso il provvedimento di esclusione, di fatto adottato dalla commissione di gara in occasione della seduta del 15.2.2018 e portato a conoscenza dell'impresa appellante (per il tramite del suo rappresentante) alla seduta del 30.3.2018 ...».

È pur vero che questo Collegio con sentenza n. 340 del 5.4.2017 (citata nella memoria di parte ricorrente del 5.10.2018) ha evidenziato, con riferimento ad una fattispecie in cui veniva in contestazione la differente ipotesi della omessa tempestiva impugnazione di una ammissione, che:

«... Per tutto quanto rilevato, il Collegio ritiene che, nel caso di specie, essendo mancata la pubblicazione sul profilo del committente, soltanto dalla data di invio della pec decorra il termine dei trenta giorni previsto per l'impugnativa dell'unico provvedimento che ha reso noto l'elenco delle ditte ammesse e di quella risultata aggiudicataria. In tal senso depone quanto da ultimo ribadito dal Consiglio di Stato (sez. Cons. Stato, sez. III, sent. 4994 del 25.11.2016, richiamata anche dal ricorrente e riferita all'applicazione dell'art. 120, comma 6 *bis*, c.p.a, introdotto dall'art. 204 D.Lgs. n. 50 del 2016, seppure con riferimento al diverso profilo del regime temporale di applicazione delle nuove regole processuali) ai sensi del quale “in difetto del (contestuale) funzionamento delle regole che assicurano la pubblicità e la comunicazione dei provvedimenti di cui si introduce l'onere di immediata impugnazione - che devono, perciò, intendersi legate da un vincolo funzionale inscindibile - la relativa prescrizione processuale si rivela del tutto inattuabile, per la mancanza del presupposto logico della sua operatività e, cioè, la predisposizione di un apparato regolativo che garantisca la tempestiva informazione degli interessati circa il contenuto del provvedimento da gravare nel ristretto termine di decadenza ivi stabilito” e che i dubbi circa l'applicazione delle nuove regole processuali

debbono “essere risolti preferendo l’opzione ermeneutica meno sfavorevole per l’esercizio del diritto di difesa (e, quindi, maggiormente conforme ai principi costituzionali espressi dagli artt.24 e 113)”. Tale orientamento, del resto, risulta conforme ai principi più volte ribaditi in ambito comunitario (il riferimento è alle più recenti sentenze della Corte di Giustizia 26 novembre 2015, C-166/14 e 8 maggio 2014, C-161/13 che evidenziano la violazione del principio di effettività laddove la normativa nazionale obbliga alla proposizione di determinati ricorsi senza consentire una previa completa conoscenza degli atti). ...».

Tuttavia, la fattispecie in esame - come si illustrerà di qui a breve - si caratterizza per una immediata e piena cognizione, da parte della impresa interessata, delle ragioni della esclusione fin dalla data del 9.3.2018 quando il delegato della Nacatur era presente nel corso della seduta pubblica in cui si decideva l’esclusione della stessa ditta. Inoltre, quelle stesse ragioni di esclusione confluiscono nel successivo provvedimento del 27.4.2018 ed attorno ad esse (in particolare la carenza, in capo alla società istante, del requisito di capacità tecnico - professionale di cui al punto III.1.3 del bando ed al par. 2.2.3 del disciplinare di gara) ruota l’intero impianto del ricorso introduttivo notificato solo in data 28.5.2018.

Ne consegue che se il *dies a quo* di cui al combinato disposto degli artt. 120, comma 2 *bis* cod. proc. amm. e 29, comma 1 dlgs n. 50/2016 come novellato sul punto dal dlgs 19 aprile 2017, n. 56 (“Il termine per l’impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-*bis*, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione”) ha una *ratio* garantista nel senso di affermare l’impugnabilità del provvedimento sin dal momento in cui si può avere piena conoscenza dei relativi vizi, nel caso di specie non è possibile mettere in discussione che sin dalla data del 9.3.2018 il delegato dell’impresa e quindi l’impresa stessa avessero piena consapevolezza dei vizi della esclusione medesima.

Pertanto, non vi è giustificazione alcuna nella fattispecie *de qua* per derogare ai principi generali sanciti dall'art. 41, comma 2 cod. proc. amm., se non a patto di consentire alla impresa ricorrente una ingiustificata remissione in termini rispetto al termine decadenziale per impugnare, a fronte di un comportamento indubbiamente negligente della stessa ditta e quindi non meritevole di tutela sul piano giuridico.

Peraltro, sul punto specifico dell'onere di immediata impugnazione del provvedimento di esclusione si può ritenere che l'art. 120, comma 2 *bis*, primo periodo cod. proc. amm. non abbia portata innovativa rispetto al precedente quadro normativo, come interpretato dalla giurisprudenza amministrativa dell'epoca, diversamente da quanto affermato da questo Collegio con le ordinanze n. 903 del 20.6.2018 e n. 1097 del 20.7.2018 con riferimento al “provvedimento di ammissione”.

Infatti, in precedenza (*i.e.* in epoca antecedente all'entrata in vigore del dlgs n. 50/2016 che ha introdotto la previsione di cui al comma 2 *bis*, primo periodo dell'art. 120 cod. proc. amm.), la necessità della immediata impugnazione di un atto endoprocedimentale era stata affermata dal Consiglio di Stato con riguardo al provvedimento di esclusione adottato dalla Commissione nel corso di una seduta alla quale avesse partecipato un rappresentante della concorrente esclusa (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23.2.2015, n. 856: “... Il termine decadenziale per impugnare gli atti delle procedure di affidamento di appalti pubblici, ed in particolare l'aggiudicazione definitiva in favore di terzi, decorre dalla conoscenza di quest'ultima comunque acquisita dall'impresa partecipante alla gara (da ultimo: Sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143 e Sez. III, 7 gennaio 2015, n. 25; in precedenza: Ad. plen. 31 luglio 2012, n. 31). A questo principio di diritto, ripetutamente affermato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, fa unica eccezione il caso in cui sia impugnato il provvedimento di esclusione dalla gara adottato dalla commissione

nel corso della stessa ed in una seduta alla quale abbia partecipato un rappresentante della concorrente esclusa. Trattandosi infatti di determinazione immediatamente lesiva, malgrado il suo carattere endoprocedimentale, la giurisprudenza fissa la decorrenza del termine decadenziale *ex art. 29 cod. proc. amm.* in tale momento (in questi termini: Sez. III, 22 agosto 2012, n. 4593; Sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 740; Sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6264, 14 maggio 2013, n. 2614; Sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 6531). ...”).

Quindi, la regola applicabile nel caso concreto all'esame di questo Giudice non costituisce reale deviazione rispetto alla giurisprudenza, in precedenza formatasi, del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. III, sent. 4994 del 25.11.2016) e di questo T.A.R. (sent. n. 340/2017) in ordine alla generale affermazione della operatività del *dies a quo* *ex art. 120, comma 2 bis cod. proc. amm.* unicamente se è attivo il meccanismo di pubblicazione (dell'elenco di ammessi ed esclusi) sul sito internet della stazione appaltante.

Invero, la giurisprudenza amministrativa menzionata (Cons. Stato, Sez. III, 25.11.2016, n. 4994 e T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 5.4.2017, n. 340) è comunque temporalmente antecedente rispetto al correttivo al codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo n. 57 del 19 aprile 2017 in forza del quale (cfr. novellato art. 29, comma 1 dlgs n. 50/2016) il *dies a quo* per impugnare il provvedimento di ammissione / esclusione ai sensi dell'art. 120, comma 2 *bis cod. proc. amm.* non è più dato puramente e semplicemente dalla pubblicazione sul profilo internet del committente dei suddetti provvedimenti, bensì è costituito dal momento (posticipato rispetto al primo) in cui gli atti di cui al secondo periodo del citato art. 29, comma 1 (*i.e.* documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 dlgs n. 50/2016, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali) sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione.

È quindi evidente - come rilevato in precedenza - che la *ratio* garantista della nuova formulazione del citato art. 29, comma 1 dlgs n. 50/2016 (*rectiusdies a quo* per impugnare decorrente dalla piena conoscenza o conoscibilità dei vizi dell'atto) si rinviene parimenti nella affermazione della permanente validità del tradizionale orientamento che onera l'impresa concorrente dall'impugnare immediatamente il verbale di esclusione se reso nel corso di una seduta pubblica ove era presente il delegato di detta impresa, come appunto accaduto nella vicenda per cui è causa.

- Dunque, i suesposti principi possono - come anticipato - trovare applicazione nel caso di specie.

Invero, l'esclusione della ricorrente Nacatur è stata disposta dal Seggio di gara già con il verbale n. 3 relativo alla seduta pubblica del 9.3.2018 ("dispone l'esclusione"; dispositivo del verbale a pag. 10: "35. NACATUR INTERNATIONAL IMPORT EXPORT SRL è esclusa dal prosieguo del procedimento di gara"), alla quale era presente il Sig. "Antonio Dell'Angelo Custode" quale "delegato" della ditta ricorrente.

Nel medesimo verbale (cfr. pagg. 8 e 9), inoltre, risultano chiaramente esplicitate le ragioni del provvedimento di esclusione di Nacatur:

«... OFFERTA 37: NACATUR INTERNATIONAL IMPORT EXPORT SRL·C.F. 01313240424

All'esito dell'apertura della documentazione amministrativa prodotta, il seggio di gara ha rilevato che:

1. nella busta amministrativa erano state dichiarate forniture espletate nei confronti di committenti che non sono ospedali pubblici, enti/aziende del SSN o analogo di altro Stato membro, contrariamente a quanto disposto dal disciplinare di gara al paragrafo 2.2.3.

Escludendo dal computo tali forniture, l'importo complessivo del fatturato analogo ritenuto valido era inferiore all'importo complessivo a base d'asta relativo

ai lotti a cui la concorrente partecipa. L'importo complessivo delle forniture, dichiarate nella busta amministrativa, ritenute dal seggio di gara analoghe ai sensi del paragrafo 2.2.3 del disciplinare, era di €. 1.239.189,34;

2. la concorrente, nella documentazione integrativa, ha dichiarato di avvalersi di nuova impresa ausiliaria, la NACATUR 2 ESPANA S.L., e di rinunciare alla partecipazione per il lotto 58; il fatturato analogo dichiarato dalla nuova impresa ausiliaria è di €. 2.062.645,65;

3. l'importo complessivo delle forniture analoghe valide prodotte dalla concorrente e dalle imprese ausiliarie risulta essere pertanto di €. 3.301.835,99, inferiore al valore complessivo posto a base d'asta per i lotti cui si concorre di €. 3.728.935,80; risulta essere inferiore anche al valore complessivo di €. 3.375.132,90, posto a base d'asta per i lotti cui si concorre, escluso il lotto 58.

Il presidente del seggio di gara precisa che non è ammessa la possibilità di "calibrare" ex novo la candidatura in corso di gara, nella fattispecie rinunciare alla partecipazione per alcuni lotti, in base a principi che vietano la modificazione dei termini essenziali della candidatura in corso di gara per ovviare all'assenza dei requisiti.

Constatato che l'importo complessivo delle forniture valutate analoghe a quelle oggetto di gara, prodotte dalla concorrente e dalle imprese ausiliarie, di €. 3.301.835,99 è inferiore all'importo a base d'asta di €. 3.728.935,80 per i lotti 55 - 58 - 62 - 83 - 85 - 86 - 87 - 88 - 89, a cui la concorrente ha dichiarato di voler partecipare nell'*Allegato 1 Modello di domanda di partecipazione e dichiarazioni* e nella dichiarazione integrativa per la partecipazione alla gara, stante la carenza del requisito di capacità tecnico-professionale ai sensi del bando di gara al punto III.1.3 e del paragrafo 2.2.3 del Disciplinare di Gara, il presidente del seggio di gara dispone l'esclusione della concorrente NACATUR NINT IMP EXP S.R.L a .S.U. dal prosieguo del procedimento. ...».

Ne consegue che i profili di immediata lesività del provvedimento di esclusione sono stati pienamente conosciuti dalla ricorrente sin da subito (*rectius* dal 9.3.2018).

- Ciò nonostante la ricorrente ha avviato il ricorso alla notifica solo in data 28.5.2018, nel termine cioè di 30 giorni dalla pubblicazione (in data 27.4.2018) sul profilo della stazione appaltante dell'elenco degli esclusi e degli ammessi, sebbene in tale comunicato fosse richiamato espressamente il verbale di gara "n. 3 del 09/03/2018" e fosse precisato "che, a seguito dell'esame della documentazione integrativa prodotta dalla concorrente NACATUR INT' IMP EXP S.R.L a S.U., ..., la concorrente è stata esclusa dal prosieguo del procedimento".

- A ciò si aggiunga, sotto altro profilo, che nell'atto introduttivo del giudizio la ricorrente non menziona mai specificamente il verbale di gara n. 3 del 9.3.2018, né muove censure specifiche avverso quella parte (ormai inoppugnabilmente consolidatasi) della motivazione dell'esclusione ivi contenuta (poi espressamente ripresa nell'impugnato comunicato del 27.4.2018 prot. n. 180427015) in cui il presidente del seggio di gara ha rilevato che «non è ammessa la possibilità di "calibrare" ex novo la candidatura in corso di gara, nella fattispecie rinunciare alla partecipazione per alcuni lotti, in base a principi che vietano la modificazione dei termini essenziali della candidatura in corso di gara per ovviare all'assenza dei requisiti».

Ne consegue che Nacatur avrebbe dovuto contestare tempestivamente (*i.e.* entro e non oltre il 9-10.4.2018) il provvedimento di esclusione risalente al 9.3.2018 in tutte le sue parti. Avendo, all'opposto, notificato il ricorso introduttivo solo in data 28.5.2018, lo stesso è evidentemente tardivo.

- Dalle argomentazioni espresse in precedenza discende la declaratoria di irricevibilità del ricorso.

- Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara irricevibile.

Condanna la ricorrente Nacatur International Import Export s.r.l. a socio unico al pagamento in favore di Innovapuglia s.p.a. delle spese di lite liquidate in complessivi €. 1.500,00, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gaudieri, Presidente

Carlo Dibello, Consigliere

Francesco Cocomile, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Francesco Cocomile

IL PRESIDENTE
Francesco Gaudieri

IL SEGRETARIO