



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 2722 del 2018, proposto da

Fibro Service s.r.l., in persona del legale rappresentante e da Ecom Servizi Ambientali s.r.l., in persona del legale rappresentante, entrambe rappresentate e difese dall'avvocato Sergio Starace, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Emila, 47;

contro

Agenzia del Demanio, in persona del Direttore generale in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Cosmo Ambiente s.r.l., Cosmo Scavi s.r.l., R.B. Recupero 2000 s.r.l., in persona dei legali rappresentanti, rappresentate e difese dagli avvocati Francesco Vagnucci e Arturo Cancrini, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Arturo Cancrini in Roma, piazza San Bernardo, 101;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 02111/2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Agenzia del Demanio e di Cosmo Ambiente s.r.l., Cosmo Scavi s.r.l. e R.B. Recuperi 2000 s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 settembre 2018 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Ciervo per sé e in dichiarata delega di Esposito, Starace e Vagnucci, l’avvocato dello Stato Giancarlo Caselli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato in Gazzetta ufficiale il 22 settembre 2017 l’Agenzia del demanio – Direzione di Roma Capitale indiceva una procedura aperta per l’affidamento dei lavori di rimozione dei materiali contenenti amianto ubicati all’interno del compendio denominato “Caserma P. Donato” – ex parco materiali delle telecomunicazioni, sito in Roma alla via del Trullo, 533.

1.1. Il bando specificava che tutti i partecipanti avrebbero dovuto essere in possesso, tra gli altri, dei seguenti requisiti di qualificazione: - iscrizione alla specifica sezione dell’Albo nazionale gestori ambientali di cui all’art. 212 d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 cat. 10/A e 10/B; - attestazione di qualificazione SOA OG12 – OG1.

2. Alla procedura partecipava il R.t.i. – raggruppamento temporaneo di imprese tra Fibro service s.r.l. in qualità di mandataria e ECOM servizi ambientali s.r.l. in qualità di mandante.

2.1. La Commissione giudicatrice, esaminati i plichi trasmessi dal RUP – responsabile unico del procedimento, decideva gli operatori ammessi alla procedura e l’8 novembre 2017 era pubblicato sul sito internet della stazione appaltante l’elenco

degli operatori economici ammessi e di quelli esclusi; tra i primi figurava il R.t.i. composto da Cosmo Ambiente s.r.l. in qualità di mandataria e da Cosmo Scavi s.r.l. e R.B. Recuperi 2000 s.r.l. in qualità di mandanti.

2.2. La procedura di gara si concludeva con il provvedimento di aggiudicazione del 22 novembre 2017 prot. 2017/5154/DRC-STE al R.t.i. Cosmo Ambiente s.r.l.; secondo graduato risultava essere il R.t.i. Fibro service s.r.l.

3. Con istanza trasmessa via PEC alla stazione appaltante il 14 novembre 2017 il R.t.i. Fibro service s.r.l. domandava l'accesso agli atti della procedura di gara e, segnatamente, di accedere alla busta contenente la documentazione amministrativa del R.t.i. Cosmo Ambiente s.r.l..

3.1. L'istanza era riscontrata con nota 16 novembre 2017 di accoglimento della stessa e conseguente invito a presentarsi presso gli uffici il giorno 24 novembre 2017. Rappresentanti del R.t.i. Cosmo Ambiente s.r.l., dunque, alla data fissata si recavano presso la sede della stazione appaltante per procedere all'estrazione dei documenti dei quali intendevano avere copia; i documenti erano, infine, trasmessi via posta il 27 novembre 2017.

4. Con ricorso notificato il 22 dicembre 2017 il R.t.i. Fibro service s.r.l. impugnava il provvedimento di aggiudicazione al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio sulla base di tre motivi.

4.1. Con il primo motivo, la ricorrente lamentava l'illegittimità dell'ammissione del R.t.i. Cosmo Ambiente s.r.l. nonostante nell'ambito del raggruppamento solo la mandataria fosse in possesso dell'iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali per entrambe le categorie di lavorazioni previste dal bando, posto che le mandanti risultavano, la Cosmo scavi s.r.l., non essere affatto iscritta, e la R.B. Recupero 2000 s.r.l. essere iscritta per una sola categoria (la 10A).

4.2. Con il secondo motivo la ricorrente lamentava la violazione dell'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50: a suo dire la stazione appaltante non aveva adeguatamente vagliato

l'affidabilità del R.t.i. Cosmo ambiente s.r.l. considerato che il sindaco unico e presidente dell'organismo di vigilanza della società Cosmo ambiente s.r.l. aveva subito una condanna penale per il reato relativo allo “*smaltimento dei policlorodifenili e dei policlorotrifenili e n. 78/319 relativi ai rifiuti tossici e nocivi*”, e così strettamente connessa con i lavori da eseguire.

4.3. Con il terzo motivo, infine, la ricorrente lamentava l'illegittimità dell'aggiudicazione perché il sopralluogo previsto come obbligatorio dall'art. 9 del bando di gara non era stato effettuato da tutte le imprese costituenti il raggruppamento aggiudicatario, ma dal solo rappresentante della Cosmo ambiente s.r.l., sebbene richiesto ai rappresentanti di tutte le imprese componenti il raggruppamento.

4.4. Nel giudizio si costituivano l'Agenzia del demanio e il R.t.i. Cosmo ambiente s.r.l.; il giudizio era concluso dalla sentenza, sez. II-ter, 23 febbraio 2018, n. 2111, in parte declaratoria dell'inammissibilità del ricorso e, in parte, di reiezione dello stesso. Le spese erano poste a carico della ricorrente.

5. Appella il R.t.i. Fibro service s.r.l.; si è costituita in giudizio l'Agenzia del Demanio nonché Cosmo Ambiente s.r.l.; le parti hanno presentato memorie cui è seguito il deposito di memorie di replica. All'udienza del 20 settembre 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. La sentenza di primo grado ha ritenuto inammissibile il primo motivo di ricorso in quanto proposto oltre il termine previsto dall'art. 120, comma 2-*bis*, Cod. proc. amm.: rileva il giudice che la ricorrente aveva contestato l'assenza dell'iscrizione all'Albo dei gestori ambientali e, dunque, un requisito autonomamente verificabile anche senza necessità di accedere ai documenti di gara; non poteva, pertanto, assumere la decorrenza del termine per l'impugnazione dal giorno in cui le erano stati trasmessi i documenti da parte della stazione appaltante poiché a far data dalla

pubblicazione del provvedimento di ammissione era in condizione di far valere queste ragioni di illegittimità del provvedimento di ammissione.

6.1. La sentenza ha, poi, respinto nel merito il secondo ed il terzo motivo di ricorso: quanto alla condanna del Sindaco di una delle società componenti il raggruppamento aggiudicatario (secondo motivo), per essere la condanna non ostativa all'ammissione ai sensi dell'art. 80, comma 10, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in quanto risalente nel tempo; quanto all'omissione del sopralluogo da parte dei rappresentanti di tutte le imprese componenti il R.t.i. Cosmo ambiente s.r.l. (terzo motivo) in quanto stazione appaltante aveva documentato che lo stesso era stato svolto da un rappresentante delegato da tutte le imprese componenti il raggruppamento le quali, peraltro, avevano confermato i relativi esiti.

7. La sentenza ha espressamente dichiarato di non reputare necessario esaminare l'eccezione di tardività dell'intero ricorso proposto dal R.t.i. Fibro service s.r.l. per essere infondati nel merito il secondo ed il terzo motivo.

7.1. Nella memoria di costituzione in appello, tuttavia, l'Agenzia del Demanio, così come la Cosmo ambiente s.r.l., ha riproposto ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., l'eccezione di irricevibilità del ricorso introduttivo del giudizio in quanto tardivamente proposto.

7.2. Ritiene il Collegio che l'esame dell'eccezione di irricevibilità preceda l'esame dei motivi di appello proposti dal R.t.i. Fibro service s.r.l..

8. Sostiene l'Agenzia del demanio che il ricorso introduttivo proposto dal R.t.i. Fibro service s.r.l. debba essere considerato tardivo perché proposto oltre il termine di trenta giorni decorrente dalla pubblicazione del provvedimento di ammissione del R.t.i. Cosmo ambiente s.r.l. sul profilo della stazione appaltante ai sensi dell'art. 29 del codice dei contratti pubblici.

Il provvedimento di ammissione, infatti, era stato pubblicato sul sito internet dell'Agencia del demanio l' 8 novembre 2017, mentre il ricorso è stato notificato il 21 dicembre 2017 e, dunque, oltre i trenta giorni.

8.1. A tale eccezione il R.t.i. Fibro service s.r.l. replica, anche in questa sede di appello, sostenendo che il termine per impugnare il provvedimento di ammissione deve ritenersi decorrente solo dal momento in cui l'operatore economico ha avuto piena conoscenza dei vizi di legittimità inficianti l'atto e dunque deve essere differito rispetto al momento in cui avviene la sua pubblicazione sul profilo della stazione appaltante; nel caso di specie, pertanto, esso è iniziato a decorrere solo dal 27 novembre 2017, giorno in cui sono stati trasmessi i documenti ai quali era stato richiesto di accedere. Il ricorso, conclude l'appellante, deve ritenersi tempestivo poiché notificato entro trenta giorni da quella data.

9. L'eccezione di irricevibilità del ricorso introduttivo del giudizio perché tardivamente proposto è fondata e va accolta.

9.1. Il R.t.i. appellante non contesta l'avvenuta pubblicazione del provvedimento di ammissione del R.t.i. Cosmo ambiente s.r.l. sul sito internet della stazione appaltante l'8 novembre 2017, avvenuta, dunque, regolarmente ai sensi dell'art. 29, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2017, n. 50, ma che da tale momento non poteva decorrere il termine di trenta giorni per l'impugnazione ex art. 120, comma 2-bis, Cod. proc. amm., perché solo con l'acquisizione dei documenti a seguito di accesso agli atti ha avuta piena conoscenza dei vizi di legittimità; ne ritiene, dunque, necessario il differimento per i giorni previsti per consentire l'accesso agli atti della procedura.

9.2. L'art. 120, comma 2-bis, Cod. proc. amm. prevede: *“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 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”.

A sua volta, l'art. 29 comma 1, d.lgs. 18 aprile 2017, come modificato dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 57 (c.d. decreto correttivo al codice dei contratti pubblici), dispone, al secondo periodo che qui interessa: *“Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza di motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico – finanziari e tecnico – professionali. Entro il medesimo termine di due giorni è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale o strumento analogo negli altri Stati membri, di detto provvedimento, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. Il termine per l'impugnativa di cui al citato art. 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati da motivazione.”.*

La modifica normativa attua le indicazioni provenienti da Cons. Stato, comm. spec., 1 aprile 2016, n. 464, che aveva evidenziato la necessità di fornire agli operatori, non già una mera lista degli esclusi e degli ammessi, ma informazioni puntuali sulle motivazioni dei suddetti provvedimenti così da consentire la piena tutela giurisdizionale nei termini ristretti previsti dall'art. 120 Cod. proc. amm. per l'impugnazione.

A completamento occorre rammentare che l'art. 3, comma, 1, lett. *nnn*) definisce il *“profilo di committente”* come *“il sito informatico di una stazione appaltante, su cui sono pubblicati gli atti e le informazioni previste dal presente codice nonché dall'allegato V”.*

9.3. Le due disposizioni vanno coordinate nel senso che dalla pubblicazione dei provvedimenti di ammissione o esclusione sul profilo internet della stazione

appaltante decorre il termine di impugnazione di cui all'art. 120, comma 2-*bis*, Cod. proc. amm., salvo che l'operatore economico abbia avuto conoscenza della motivazione a corredo della decisione solo acquisita la concreta disponibilità del documento; in tal caso è solo da questo momento (“*di concreta disponibilità*” parla l'art. 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici) che decorre il termine per impugnare.

9.4. Tale ultima condizione, peraltro, potrà verificarsi solo se l'amministrazione dovesse pubblicare sul proprio sito internet un mero elenco degli ammessi e degli esclusi (ovvero i suddetti provvedimenti “per stralcio”), e non, invece, i provvedimenti in forma integrale, e, comunque, per il solo provvedimento di esclusione dalla procedura di gara, che, naturalmente, sarà corredato da motivazione la cui conoscenza, nel caso di pubblicazione della mera notizia (o “per stralcio”), l'operatore economico può acquisire al momento della concreta disponibilità del provvedimento.

9.5. Diversamente, l'ammissione, di regola, non necessita di particolare motivazione conseguendo in via diretta al riscontro dell'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ovvero alla sussistenza dei requisiti economico – finanziari e tecnico – professionali richiesti.

9.6. Per l'impugnazione dei provvedimenti di ammissione, invece, può essere necessario conoscere i contenuti della documentazione presentata da altro operatore economico (domanda di partecipazione ovvero contenuto dell'offerta tecnica ed economica) attraverso l'accesso agli atti previsto dall'art. 53 d.lgs. n. 50 cit..

In tal caso, in assenza di una previsione derogatoria, soccorrono i principi generali e, precisamente, la regola per la quale la necessità di procedere all'accesso ai documenti per poter avere piena conoscenza della motivazione del provvedimento e degli atti endo-procedimentali che l'hanno preceduto non comporta il differimento del termine ordinario di impugnazione (*ex multis*, Cons. Stato, IV, 21 marzo 2016,

n.1135; V, 15 gennaio 2013, n. 170; V, 5 novembre 2012, n. 5588; III, 13 maggio 2012, n. 2993; IV, 2 settembre 2011, n. 4973; V, 25 luglio 2011, n. 4454).

Il legislatore del nuovo codice degli appalti non ha accolto, del resto, l'indicazione contenuta nel citato parere del Cons. Stato, comm. spec. 4 aprile 2016, n. 464, ove si suggeriva di raccordare il termine per l'impugnazione dei provvedimenti di ammissione ed esclusione dalla procedura con i termini stabiliti per l'accesso ai documenti di gara, verosimilmente mediante un differimento del termine di impugnazione dei giorni necessari a conseguire la piena conoscenza della documentazione.

9.7. Non conduce a diversa conclusione l'orientamento giurisprudenziale formatosi sotto la vigenza del vecchio codice dei contratti pubblici (e, dunque, dell'art. 79, comma 5-*bis*, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che consentiva un accesso semplificato agli atti della procedura di gara nel termine di dieci giorni dalla richiesta) per il quale il termine per impugnare l'aggiudicazione deve essere differito del tempo necessario ad accedere agli atti di gara (e dunque dei predetti dieci giorni previsti per l'accesso semplificato), poiché esso è maturato con riguardo ad una ipotesi specifica: quella in cui la stazione appaltante, tenuta alla comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione con esposizione delle ragioni che hanno indotto a preferire una certa offerta ovvero ad allegare i verbali della procedura, trasmetta una documentazione incompleta, nella quale, cioè, non sono specificate le ragioni di preferenza dell'offerta risultata aggiudicataria ovvero alla quale non sono allegati i verbali di gara ovvero, trattandosi di impugnazione dell'aggiudicazione, nel caso in cui sia indispensabile conoscere gli elementi tecnici dell'offerta per comprendere le ragioni che hanno indotto l'amministrazione a preferirla (cfr. Cons. Stato, V, 5 febbraio 2018, n. 718; sez. V, 31 agosto 2017, n. 4129; III, 3 luglio 2017, n. 3253; V, 1 agosto 2016, n. 3451; III, 22 luglio 2016, n. 3308).

9.8. In conclusione, il termine per l'impugnazione dei provvedimenti di ammissione o di esclusione dalla procedura non è differito del numero di giorni necessari ad accedere agli atti della procedura; questi, anzi, vanno compresi nei giorni previsti dall'art. 120, comma 2-*bis*, Cod. proc. amm. per procedere all'impugnazione dei suddetti provvedimenti qualora l'operatore economico ritenga indispensabile conoscere gli atti della procedura e, per questo, presenti tempestiva istanza di accesso agli atti di gara.

10. Ne consegue che è infondata la tesi del R.t.i. appellante secondo cui solo dal 27 novembre 2017, data di acquisizione della documentazione di gara, è iniziato a decorrere il termine di trenta giorni per l'impugnazione dell'ammissione del R.t.i. Cosmo ambiente s.r.l., poiché questo, invece, decorreva dall'8 novembre 2017, data di pubblicazione sul profilo del committente del provvedimento di ammissione. Il giorno 8 dicembre 2017, pertanto, era l'ultimo giorno per proporre impugnazione. Inoltre, l'istanza di accesso agli atti di gara è stata formulata dall'appellante il 14 novembre 2017 e i documenti sono stati consegnati il 27 novembre quando ancora il termine per l'impugnazione non era decorso. Il R.t.i. Fibro service s.p.a., pertanto, era in condizione di rispettare il termine di trenta giorni per impugnare il provvedimento di ammissione nella piena conoscenza di tutti gli atti di gara.

10.1. Tale ultima considerazione, peraltro, conduce ad escludere qualsivoglia rilevanza ai fini del presente giudizio dell'eventuale questione di legittimità costituzionale dell'apparato normativo precedentemente descritto: la lesione del diritto di difesa ex art. 24 Cost. prospettata dal ricorrente è esclusa dalla circostanza che questi ha avuto a disposizione tempo sufficiente ad assumere piena conoscenza dei vizi di legittimità degli atti della procedura.

11. Il ricorso introduttivo del giudizio, notificato il 21 dicembre 2017, è dunque irricevibile poiché tardivamente proposto. La motivazione della sentenza di primo grado, pertanto, ritenuto applicabile il rito super-accelerato previsto per

L'impugnazione dei provvedimenti di ammissione ed esclusione – profilo non oggetto di specifico motivo di appello – avrebbe dovuto dichiarare irricevibile perché tardivamente proposto il ricorso introduttivo del giudizio.

12. Accolta l'eccezione di irricevibilità del ricorso introduttivo del giudizio poiché tardivamente proposto ne segue l'inammissibilità dei motivi di appello proposti dal R.t.i. Fibro service s.r.l. diretti a contestare la decisione del primo giudice sulla ricevibilità del (solo) primo motivo e sul merito degli altri motivi.

13. La chiusura in rito del giudizio giustifica la compensazione delle spese del presente grado d'appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, in accoglimento dell'eccezione di irricevibilità del ricorso introduttivo del giudizio, ed in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio n. 2111/2018, dichiara irricevibile il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado e, per l'effetto, inammissibile l'appello proposto da Fibro service s.r.l. e da ECOM servizi ambientali s.r.l.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese dell'odierno grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO