

Publicato il 20/09/2019

N. 06251/2019REG.PROV.COLL.
N. 10246/2018 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 10246 del 2018, proposto da

Paolo Scoppio e Figlio Autolinee s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Pappalepore in Roma, via Guglielmo Calderini, 68;

contro

C.U.C. - Centrale Unica di Committenza dei Comuni di Nogara, Sorgà, Gazzo Veronese, Grezzana e Buttapietra e Comune di Nogara, in persona del Sindaco in carica, rappresentati e difesi dall'avvocato Maurizio Sartori, con domicilio eletto presso il suo studio in Verona, via Scrimiari, 10;

nei confronti

Consorzio Eurobus Verona soc. coop., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Daniele Maccarrone, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) n. 01056/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio Eurobus Verona soc. coop., della C.U.C. dei Comuni di Nogara, Sorgà, Gazzo Veronese, Grezzana e Buttapietra e del Comune di Nogara (Vr);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2019 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Vito A. Pappalepore, Luigi Fedeli Barbantini, in dichiarata delega dell'avv. Sartori, e, in sostituzione dell'avv. Maccarrone, Elisabetta Bellomi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con determinazione n. 81 e n. 255, entrambe del 15 novembre 2017, il Comune di Nogara e il Comune di Sorgà indicevano una procedura di gara per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico per gli alunni delle scuole dell'obbligo e dell'infanzia, individuando la C.U.C. – centrale unica di committenza dei Comuni di Nogara, Sorgà, Gazzo Veronese, Grezzapa e Buttapietra quale ente responsabile per l'espletamento della procedura di gara.

1.1. La C.U.C., con determinazione 16 novembre 2017, n. 259, approvava i documenti di gara e disponeva la pubblicazione del

bando e del capitolato speciale d'appalto, con articolazione della gara in due lotti: il primo relativo al trasporto scolastico degli alunni del Comune di Nogara, il secondo del Comune di Sorgà.

1.2. Per il lotto 1 presentavano domanda di partecipazione il Consorzio Eurobus Verona soc. coop. e la Paolo Scoppio e figlio autolinee s.r.l. che risultavano, all'esito dell'espletamento della procedura di gara, rispettivamente, al primo posto, con punti 100, e al secondo posto, con punti 84, della graduatoria provvisoria.

1.3. Su proposta di aggiudicazione formulata dalla Commissione giudicatrice, il Comune di Sorgà, nelle vesti di Comune capofila della predetta C.U.C., con determinazione 29 dicembre 2017, n. 177, approvava il verbale di gara e la proposta di aggiudicazione, con la precisazione che l'aggiudicazione sarebbe divenuta definitiva in seguito alla verifica del possesso dei requisiti richiesti.

1.4. Con nota del 29 dicembre 2017 la C.U.C., dato atto della predetta determinazione e precisato di aver rilevato *“che le offerte presentate dalla Vs. ditta, sia per il lotto 1, che per il lotto 2, sono da considerarsi anomale in quanto presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi superiori ai quattro quinti corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara”*, richiedeva agli operatori economici di fornire spiegazioni sui prezzi praticati per procedere alla verifica della congruità dell'offerta.

1.5. Con istanza del 28 dicembre 2017 la società Paolo Scoppio chiedeva di accedere, anche in via informale, a tutti gli atti di gara (in particolare, i verbali di gara e tutta la documentazione prodotta in ogni fase della procedura di gara dai concorrenti classificatisi al primo e secondo posto, nonché alle risultanze delle verifiche effettuate dalla stazione appaltante nei confronti dei concorrenti), cui

seguiva riscontro positivo da parte della C.U.C. a mezzo mail del responsabile.

1.6. Con determinazione 18 gennaio 2018, n. 4 il Comune di Nogara, verificata la congruità dell'offerta del Consorzio Eurobus Verona soc. coop. e il possesso dei requisiti di partecipazione dichiarati, approvava l'affidamento del servizio all'aggiudicataria provvisoria con la quale era stipulato il contratto di appalto il 12 aprile 2018.

1.7. Il 20 aprile 2018 Paolo Scoppio e figlio autolinee s.r.l. presentava nuova "*richiesta di accesso*", con cui, precisato di non aver avuto notizia degli esiti della procedura di gara e, dunque, né dell'intervenuta aggiudicazione definitiva né dell'eventuale stipula del contratto di appalto con conseguente consegna del servizio, richiedeva notizie sugli "*esiti della procedura di gara per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico per gli alunni delle scuole del comune di Nogara – lotto 1*", sulla "*esistenza o meno del provvedimento di aggiudicazione definitiva – lotto 1*", sulla "*esistenza o meno del contratto d'appalto – lotto 1*", sulla "*esistenza o meno della consegna del servizio – lotto 1*".

1.8. La richiesta era riscontrata dalla C.U.C. con nota del 12 maggio 2018; il Comune dichiarava la propria disponibilità a consentire l'accesso ai documenti in suo possesso (documentazione di gara presentata dagli operatori economici, documentazione relativa all'espletamento della gara fino alla proposta di aggiudicazione, risultanze dei controlli AVCPass e spiegazioni della congruità dei prezzi praticati), con la precisazione che "*gli atti relativi all'aggiudicazione del Lotto 1 e conseguenti ad essa*" erano di competenza del R.u.p. con il quale, pertanto, andavano concordate le modalità di accesso.

1.9. Nuova richiesta di accesso, di identico contenuto di quella già presentata, era rivolta dalla società alla C.U.C. e al Comune di Nogara il 10 maggio 2018, identico era anche il contenuto della risposta della Comune di Nogara del 14 maggio 2018. L'accesso era, dunque, esercitato dalla società il 29 maggio 2018 con presa visione ed estrazione copia di tutta la documentazione di gara.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Veneto notificato il 19 giugno 2018 Paolo Scoppio e figli autolinee s.r.l. domandava l'annullamento della determinazione del Comune di Nogara 18 gennaio 2018, n. 4 di affidamento del servizio al Consorzio Eurobus Verona soc. coop. sulla base di quattro motivi.

2.1. In giudizio si costituivano, a mezzo medesimo difensore, il Comune di Nogara e la C.U.C. dei Comuni di Nogara, Sorgà, Gazzo Veronese, Grezzana e Buttapietra, nonché il Consorzio aggiudicatario che proponeva anche ricorso incidentale con cui contestava l'ammissione della ricorrente principale alla procedura di gara. Entrambe le parti costituite eccepivano preliminarmente l'irricevibilità del ricorso introduttivo del giudizio in quanto tardivamente proposto.

2.2. Il giudizio di primo grado era concluso dalla sentenza sez. I, 16 novembre 2018, n. 1056, dichiarativa dell'irricevibilità per tardività del ricorso principale e, per l'effetto, dell'improcedibilità del ricorso incidentale. La ricorrente era condannata al pagamento delle spese di lite a favore delle parti costituite.

3. Propone appello la Paolo Scoppio e figli autolinee s.r.l.; nel giudizio si sono costituiti, a mezzo unico difensore, il Comune di Nogara e la C.U.C. dei Comuni di Nogara, Sorgà, Gazzo Veronese, Grezzana e Buttapietra, che hanno proposto appello incidentale ed il

Consorzio Eurobus Verona soc. coop.. Le parti hanno depositato memorie *ex art. 73* Cod. proc. amm., cui sono seguite rituali repliche. All'udienza del 20 giugno 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La sentenza di primo grado ha dichiarato irricevibile il ricorso introduttivo del giudizio proposto dalla Paolo Scoppio e figli autolinee s.r.l. in quanto notificato oltre il termine di trenta giorni di cui all'art. 120, comma 5, Cod. proc. amm.; la motivazione è articolata nei seguenti passaggi logici:

- una serie di elementi indiziari forniti dalle parti costituite dimostravano come la ricorrente avesse acquisito la c.d. piena conoscenza degli atti lesivi prima dell'esercizio del diritto di accesso avvenuto il 29 maggio 2018;
- in particolare, decisiva era la circostanza che la ricorrente, gestore uscente del servizio, sin dal gennaio 2018, si era trovata a dover interrompere il rapporto di lavoro con i propri dipendenti (gli autisti e gli addetti al servizio), poiché assunti dal nuovo aggiudicatario in esecuzione dell'obbligo imposto dalla clausola sociale contenuta nel disciplinare di gara, nonché a dismettere il parco di automezzi precedentemente in uso presso il Comune di Nogara; situazione evidentemente ricollegabile solo alla stipulazione del contratto di appalto con altro operatore economico da parte della stazione appaltante in seguito all'avvenuta aggiudicazione;
- inoltre, nelle risposte del 12 maggio 2018 e del 14 maggio 2018, con le quali la C.U.C. e il Comune di Nogara avevano acconsentito alla richiesta di accesso ai documenti di gara presentata dalla ricorrente era fatta espressa menzione del provvedimento di aggiudicazione;

- acquisita la piena conoscenza, a tutto voler concedere, con la menzionata nota del 14 maggio 2018, la ricorrente avrebbe dovuto proporre ricorso nel termine di trenta giorni (e, dunque, entro il 13 giugno 2018), per cui il ricorso notificato il 19 giugno 2018 era tardivo;

- né diversa conclusione era possibile in applicazione dell'indirizzo giurisprudenziale per il quale il termine per l'impugnazione degli atti delle procedure di gara, che non siano trasmessi unitamente alla comunicazione dell'aggiudicazione, decorre dal giorno in cui la stazione appaltante abbia consentito l'accesso, poiché essa presuppone che l'accesso abbia subito uno slittamento imputabile all'amministrazione, ma, nella vicenda in esame, l'amministrazione, con la nota del 12 maggio 2018, aveva ammesso la possibilità dell'accesso nell'orario di apertura degli uffici, fornendo, altresì, il recapito telefonico del responsabile del servizio per concordare l'appuntamento.

2. Con il primo motivo di appello la sentenza di primo grado è censurata per "*Erroris in procedendo e iudicando: violazione dell'art. 76, comma 5, d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 120, commi 2 bis e 5 cpd*": il giudice di primo grado non avrebbe considerato che la stazione appaltante non aveva mai effettuato alcuna comunicazione degli esiti del sub-procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte e, dunque, dell'intervenuta aggiudicazione definitiva (e, tanto meno della stipula del contratto) per essersi limitato a comunicare la proposta di aggiudicazione e che, secondo la giurisprudenza amministrativa, solo la comunicazione del provvedimento di aggiudicazione, unitamente alla sua motivazione, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione in materia di appalti; ne segue, nel ragionamento

dell'appellante, che nessun'altra forma di conoscenza dell'avvenuta aggiudicazione, acquisita *aliunde*, tanto meno per via indiziaria, potrebbe far decorrere il termine di impugnazione di cui all'art. 120, comma 5, Cod. proc. amm..

2.1. L'appellante contesta poi al giudice di primo grado di aver individuato quale data di acquisizione della piena conoscenza quella della trasmissione della nota di risposta del Comune di Nogara alla richiesta di accesso formulata dal suo primo difensore sebbene: a) la nota non dichiarava affatto l'avvenuta aggiudicazione ma si limitava a concedere la possibilità di esercitare l'accesso; b) l'affermazione ivi contenuta "*gli atti relativi all'aggiudicazione del lotto 1 e conseguenti ad essa*" non poteva essere qualificata come comunicazione ufficiale di avvenuta aggiudicazione poiché mancante delle informazioni necessarie a consentire l'attivazione dell'iniziativa in sede giudiziaria; c) la nota non era trasmessa all'indirizzo Pec della società ma a quella di un soggetto "*terzo*" che, all'epoca, non rivestiva neppure la qualità di difensore in sede processuale, laddove, invece, è orientamento consolidato della giurisprudenza che ai fini della decorrenza del termine di impugnazione del provvedimento lesivo rileva solamente la comunicazione o la conoscenza dell'interessato e non quella del suo difensore.

2.2. La conclusione dell'appellante è nel senso dell'erroneità della sentenza per aver appreso dell'esistenza del provvedimento di aggiudicazione (la determinazione del Comune di Nogara 18 gennaio 2018, n. 4) solo con l'accesso agli atti di gara effettuato il 29 maggio 2018; da quella data, dunque, il giudice avrebbe dovuto far decorrere il termine di trenta giorni per proporre impugnazione, che, essendo

stato il ricorso notificato il 19 giugno 2018, doveva ritenersi tempestivamente proposta.

3. Con il primo motivo di appello incidentale la stazione appaltante contesta la sentenza di primo grado per *“Erroneità e contraddittorietà ... nella parte in cui assume l’inidoneità della pubblicazione dell’avviso di aggiudicazione sul profilo della committente ed in G.U.U.E., avvenuta ai sensi degli artt. 72 e 98 d.lgs. 50/2016 a far decorrere il termine di impugnazione”*: il giudice non avrebbe tenuto conto della conoscenza dell’intervenuta aggiudicazione acquisita dalla ricorrente attraverso le forme di pubblicità legali adottate ed, in particolare, dalla pubblicazione all’albo pretorio e sul profilo della committente, avvenute il 7 maggio 2018, nonché dalla pubblicazione dell’avviso di aggiudicazione sulla Gazzetta ufficiale dell’Unione europea il 12 maggio 2018.

3.1. Spiega l’appellante incidentale che il richiamo che l’art. 120, comma 5, Cod. proc. amm. all’art. 79 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, non può ritenersi tutt’ora operante per l’avvenuta abrogazione dell’intero codice dei contratti pubblici del 2006, con l’entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici; il riferimento testuale andrebbe ora inteso come diretto all’art. 76 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 che disciplina le forme di pubblicità degli atti di gara, ma con la rilevante novità rispetto alla norma abrogata di limitarsi ad imporre alle stazioni appaltanti di comunicare l’aggiudicazione e solo su richiesta dell’interessato gli elementi di cui al comma 2, lett. b) del medesimo art. 76.

L’appellante ne trae la conclusione che ora, per la diversa indicazione normativa, rileverebbe, ai fini della decorrenza del termine di impugnazione, la conoscenza non più del provvedimento di aggiudicazione, ma della sola circostanza che aggiudicazione vi è

stata; ed allora le forme di pubblicità legali utilizzate dalla stazione appaltante erano certamente idonee a dar conto dell'avvenuta aggiudicazione e, per quanto detto, a far decorrere il termine di impugnazione del provvedimento stesso.

4. Il motivo dell'appello principale è fondato; infondato, invece, è il motivo dell'appello incidentale.

4.1. Entrambi i motivi di appello pongono la questione dell'individuazione del momento dal quale decorre il termine per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione conclusivo di una procedura di appalto pubblico qualora il soggetto leso dichiari di aver avuto conoscenza degli atti della procedura e dei relativi vizi solamente a seguito di accesso ai documenti.

4.2. L'art. 120, comma 5, cod. proc. amm. prevede che: *“Salvo quanto previsto dal comma 6bis, per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale, e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti dalla comunicazione di cui all'art. 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”*.

La giurisprudenza ritiene che il rinvio all'art. 79 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in virtù dell'intervenuta abrogazione ad opera del nuovo codice dei contratti pubblici, è da intendersi ora riferito all'art. 76 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2018, n. 6725).

4.2.1. L'art. 76 cit. prevede due diverse modalità di comunicazione ai concorrenti delle informazioni relative alle procedure di gara e, per quanto d'interesse, quelle attinenti all'aggiudicazione:

a) al comma 2, su istanza di parte formulata per iscritto, l'amministrazione aggiudicatrice comunica *“immediatamente e comunque*

entro quindici giorni dalla ricezione della richiesta” all’offerente che abbia presentato un’offerta ammessa in gare e valutata, *“le caratteristiche e i vantaggi dell’offerta selezionata e il nome dell’offerente cui è stato aggiudicato l’appalto o delle parti dell’accordo quadro”*;

b) al comma 5, d’ufficio, *“immediatamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni”* l’amministrazione aggiudicatrice comunica all’aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un’offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l’esclusione o sono in termini per presentare l’impugnazione, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se tali impugnazioni non siano state respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva.

4.2.2. La disposizione attualmente vigente non precisa più – se non, dunque, nel suo secondo comma in relazione alla comunicazione che avvenga su richiesta scritta dell’interessato – come, invece, il comma 5-*bis* del previgente art. 79 d.lgs. n. 163 del 2016, che: *“La comunicazione è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lettera c) [le caratteristiche e i vantaggi dell’offerta selezionata e il nome dell’offerente cui è stato aggiudicato il contratto o delle parti dell’accordo quadro, n.d.s.] e fatta salva l’applicazione del comma 4; l’onere può essere assolto nei casi di cui al comma 5, lettere a), b) e b-bis), mediante l’invio dei verbali di gara, e, nel caso di cui al comma 5 lettera b-ter) mediante richiamo alla motivazione relativa al provvedimento di aggiudicazione definitiva, se già inviato”*.

Si può, quindi, ritenere che ora la stazione appaltante non sia più obbligata, nella comunicazione d’ufficio dell’avvenuta aggiudicazione, ad esporre le ragioni di preferenza dell’offerta

aggiudicata, ovvero, in alternativa, ad allegare i verbali della procedura.

4.2.3. A maggior ragione, però, restano validi i seguenti principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa nella vigenza del vecchio codice dei contratti pubblici (in tal senso, Cons. Stato, sez. V, 13 agosto 2019, n. 5717):

a) in caso di comunicazione dell'aggiudicazione che non specifichi le ragioni di preferenza dell'offerta dell'aggiudicatario (o non sia accompagnata dall'allegazione dei verbali di gara), e comunque, in ogni caso in cui si renda indispensabile conoscere gli elementi tecnici dell'offerta dell'aggiudicatario per aver chiare le ragioni di preferenza, l'impresa concorrente può richiedere di accedere agli atti della procedura;

b) alla luce dell'insegnamento della Corte di Giustizia dell'Unione europea (specialmente con la sentenza 8 maggio 2014 nella causa C-161/13 *Idrodinamica Spurgo* secondo cui *"ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici possono essere garantiti soltanto se i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni"* (punto 37) e *"una possibilità, come quella prevista dall' articolo 43 del decreto legislativo n. 104/2010 , di sollevare "motivi aggiunti" nell'ambito di un ricorso iniziale proposto nei termini contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto non costituisce sempre un'alternativa valida di tutela giurisdizionale effettiva. Infatti, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, gli offerenti sarebbero costretti a impugnare in abstracto la decisione di aggiudicazione dell'appalto, senza conoscere, in quel momento, i motivi che giustificano tale ricorso"* (punto 40) il termine di trenta giorni

per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione non decorre sempre dal momento della comunicazione ma può essere incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto (che si ritenga) leso dall'aggiudicazione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità ove questi non siano oggettivamente evincibili dalla richiamata comunicazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6064; V, 13 febbraio 2017, n. 592; V, 10 febbraio 2015, n. 864);

c) la dilazione temporale, che prima era fissata nei dieci giorni previsti per l'accesso informale ai documenti di gara dall'art. 79, comma 5 – quater d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, decorrenti dalla comunicazione del provvedimento, può ora ragionevolmente essere fissata nei quindici giorni previsti dal richiamato comma 2 dell'art. 76 d.lgs. n. 50 per la comunicazione delle ragioni dell'aggiudicazione su istanza dell'interessato;

d) qualora la stazione appaltante rifiuti illegittimamente l'accesso, o tenga comportamenti dilatori che non consentano l'immediata conoscenza degli atti di gara, il termine non inizia a decorrere e il potere di impugnare dall'interessato pregiudicato da tale condotta amministrativa non si “*consuma*”; in questo caso il termine di impugnazione comincia a decorrere solo a partire dal momento in cui l'interessato abbia avuto cognizione degli atti della procedura (cfr. Cons. Stato, sez. III, 6 marzo 2019, n. 1540; III, 22 luglio 2016, n. 3308; V, 7 settembre 2015, n. 4144; III, 10 novembre 2011, n. 5121);

e) la comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione imposta dall'art. 76, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, non è surrogabile da altre forme di pubblicità legali, quali, in particolare, la pubblicazione del provvedimento all'albo pretorio della stazione appaltante per

l'espresso riferimento dell'art. 120, comma 5, Cod. proc. amm., alla "*ricezione della comunicazione*", ovvero ad una precisa modalità informativa del concorrente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2019, n. 5257; V, 23 luglio 2018, n. 4442; V, 23 novembre 2016, n. 4916);
f) anche indipendentemente dal formale inoltro della comunicazione dell'art. 76, comma 5, d.lgs. n. 50 cit., per la regola generale di cui all'art. 41, comma 2, Cod. proc. amm., il termine decorre dal momento in cui il concorrente abbia acquisito "*piena conoscenza*" dell'aggiudicazione, del suo concreto contenuto dispositivo e della sua effettiva lesività, pur se non si accompagnata dall'acquisizione di tutti gli atti del procedimento (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2019, n. 5813; V, 23 luglio 2018, n. 4442; V, 2017, n. 1953).

4.3. Alla luce dei principi ricordati vanno risolte le questioni poste con il primo motivo dell'appello principale e di quello incidentale.

4.3.1. Costituisce circostanza pacifica tra le parti che la stazione appaltante non ha proceduto ad effettuare la comunicazione del provvedimento di aggiudicazione (determinazione del Comune di Nogara 18 gennaio 2018, n. 4) alla Paolo Scoppio e figli autolinee s.r.l., cui era onerata ai sensi dell'art. 76, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Come già esposto, la mancata comunicazione non può essere surrogata da altre forme di pubblicità legali, quali la pubblicazione all'albo pretorio del Comune ovvero sul profilo della committente (nel caso avvenuti il 7 maggio 2018) e neppure – può aggiungersi per le stesse ragioni – la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea (nel caso avvenuta il 12 maggio 2018).

Il motivo d'appello incidentale – con cui è sostenuta la possibilità di far decorrere il termine di impugnazione dalla conoscenza acquisita

dal concorrente attraverso le forme di pubblicità legali ricordate in precedenza – va, pertanto, respinto.

4.3.2. Il giudice di primo grado ha ritenuto di poter desumere la c.d. piena conoscenza dell'avvenuta aggiudicazione da un elemento indiziario, quale l'interruzione del rapporto di lavoro con gli autisti e la dismissione degli automezzi, cui la ricorrente, nella sua veste di gestore uscente, era stata costretta a fine dicembre 2018, ma per il contenuto delle risposte della C.U.C. e del Comune di Nogara alle richieste di accesso formulate dal difensore della ricorrente ove erano citati testualmente gli atti "*relativi all'aggiudicazione del Lotto 1 e conseguenti ad essa*", così da giungere, infine, alla conclusione che il termine per impugnare l'aggiudicazione decorresse dalla prima risposta del 12 maggio 2018.

Tuttavia, a parere del Collegio, né l'una né l'altra circostanza valgono a dimostrare che la Paolo Scoppio e figli autolinee s.r.l. avesse acquisito piena conoscenza del provvedimento di aggiudicazione prima dell'accesso ai documenti.

4.3.3. Precisato che il termine di impugnazione decorre dall'intervenuta c.d. piena conoscenza di cui all'art. 41, comma 2, Cod. proc. amm. solo se l'interessato sia in grado di percepire i profili di lesività per la propria sfera giuridica dell'atto amministrativo (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2018, n. 3843; IV, 4 dicembre 2017, n. 5675; IV, 19 agosto 2016, n. 3645; VI, 14 giugno 2016, n. 2565; V, 5 marzo 2010, n. 1298) e che, con riguardo al provvedimento di aggiudicazione di una procedura di gara, ciò vuol dire che il concorrente deve aver acquisito piena contezza del nominativo dell'aggiudicatario e del carattere definitivo dell'aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, sez. III, 29 marzo 2019, n.

2079; V, 8 febbraio 2019, n. 947), può ritenersi che tale conoscenza non consentiva né l'intervenuta interruzione del rapporto di lavoro con gli autisti e la dismissione degli automezzi – circostanza in sé idonea a dimostrare solo la chiusura del precedente contratto di appalto, ma non certo l'acquisita conoscenza dell'esistenza di una nuova aggiudicazione – e neppure il contenuto delle risposte rese dalla C.U.C. e dal Comune di Nogara alle richieste di accesso formulate dal difensore della ricorrente.

Il riferimento ivi effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, infatti, agli “atti relativi all'aggiudicazione del lotto 1” non consentiva al destinatario di sapere con certezza se aggiudicazione definitiva fosse stata adottata, né tanto meno il nominativo dell'aggiudicatario.

4.3.4. Si potrebbe constatare – e il giudice di primo grado non ha mancato di farlo – come la richiesta di accedere agli atti di gara della ricorrente giunge mesi dopo il periodo in cui la procedura di gara si avviava a presumibile conclusione (le operazioni di verifica della congruità delle offerte erano iniziate a dicembre 2017 con la richiesta di chiarimenti, mentre la richiesta di accesso è di aprile 2018), e per questo dubitare della diligenza della ricorrente (il giudice di primo grado, a tal proposito, parla di “*risveglio*” dall'inerzia “*stranamente circa una settimana dopo la stipula del contratto di appalto*”), ma il legislatore (imponendo la comunicazione dell'aggiudicazione anche d'ufficio) e la giurisprudenza amministrativa (nei termini precedentemente ricordati) ipotizzano sempre l'accesso ai documenti successivo alla conoscenza dell'aggiudicazione secondo una sequenza (comunicazione dell'aggiudicazione-accesso ai documenti) che va preservata per il carattere defatigante che potrebbero assumere istanze di accesso “al buio” formulate dai concorrenti al solo fine di

conoscere lo stato della procedura ove si affermasse il diverso principio per cui è onere del concorrente attivarsi per sapere se l'amministrazione ha adottato l'aggiudicazione definitiva e con quale contenuto.

4.4. In conclusione, il primo motivo dell'appello principale va accolto: in mancanza di formale comunicazione del provvedimento di aggiudicazione da parte della stazione appaltante, Paolo Scoppio e figli autolinee s.r.l. ha avuto conoscenza del provvedimento di aggiudicazione solo a seguito dell'accesso ai documenti avvenuto – per ammissione della stessa amministrazione – il 29 maggio 2018; il ricorso introduttivo del giudizio, notificato il 19 giugno 2019, è dunque tempestivamente proposto. La sentenza di primo grado, che aveva dichiarato irricevibile il ricorso perché tardivamente proposto, va, pertanto, riformata.

5. Riconosciuta la ricevibilità del ricorso introduttivo del giudizio, devono ora essere esaminati i motivi di ricorso riproposti dalla Paolo Scoppio e figli autolinee s.r.l. nell'atto di appello.

6. Con il primo motivo di ricorso (identificato nell'atto di appello al punto 2.1), il provvedimento di aggiudicazione al Consorzio Eurobus Verona è censurato per “*Violazione e falsa applicazione art. 32 d.lgs. 50/2016. Violazione della lex specialis (bando e disciplinare di gara). Violazione del giusto procedimento, anche in relazione alle diverse fasi di affidamento e di esecuzione della commessa. Violazione dell'art. 1337 codice civile. Violazione della par condicio tra i concorrenti. Violazione dei principi di correttezza, buona fede e leale collaborazione. Violazione per omessa applicazione dell'art. 75 d.P.R. n. 445 del 2000 con riguardo alle dichiarazioni mendaci rese in corso di gara. Eccesso di potere per erronea presupposizione,*

illogicità manifesta, carente ed erronea istruttoria, carente ed erronea motivazione, contraddittorietà, travisamento e sviamento. Illegittimità diretta e derivata'.

6.1. La ricorrente sostiene che il Consorzio Eurobus Verona, a seguito della consegna anticipata nelle more della stipulazione del contratto, avrebbe avviato, l'8° gennaio 2018, il servizio con mezzi diversi da quelli che aveva offerto in sede di gara, alcuni dei quali anche assai vetusti, e, che, ciononostante, la stazione appaltante non aveva disposto la revoca dell'avvenuta aggiudicazione per mancata prova dei requisiti e per espletamento del servizio con modalità difformi da quelle indicate in offerta, tanto più che proprio l'offerta di mezzi nuovi aveva consentito al Consorzio di ottenere il punteggio di 21 punti per il sub – criterio dell' *“anno di prima immatricolazione dei mezzi”* e di 18 punti per quello di *“indicazione della classe europea di emissioni inquinanti”*.

6.2. La C.U.C., come, peraltro il Consorzio Eurobus Verona, nella memoria di costituzione, ribadisce, preliminarmente, l'eccezione di difetto di giurisdizione per aver la ricorrente segnalato un inadempimento dell'aggiudicataria verificatosi nella fase di esecuzione del servizio, sia pure in via anticipata rispetto alla stipulazione del contratto, e, dunque, a suo dire, in una situazione in cui vengono in rilievo diritti soggettivi, dei quali può conoscere solamente il giudice ordinario.

Nel merito, poi, sostiene che il Consorzio Eurobus non ha violato le prescrizioni del bando di gara che imponevano all'operatore economico concorrente non già di avere la disponibilità dei mezzi immatricolati per la prima volta dopo il 1 gennaio 2006 – prescrizione apparsa eccessivamente gravosa per consentire solo la partecipazione alla procedura – ma di dimostrare anche solo

l'impegno ad acquistarli entro – ed è questo il dato decisivo – il momento di stipulazione del contratto e non quello di consegna urgente del servizio.

7. Il motivo è inammissibile, prima ancora che infondato.

7.1. La ricorrente non contesta il provvedimento di aggiudicazione ma rivolge le sue critiche alla decisione della stazione appaltante di non procedere alla revoca della stessa in autotutela in conseguenza dell'inadempimento verificatosi nella fase di esecuzione del servizio a seguito della consegna in via d'urgenza.

Precisato che la revoca dell'aggiudicazione per inadempimenti dell'aggiudicatario nell'esecuzione del servizio consegnato in via d'urgenza, in quanto giustificata dall'inaffidabilità dimostrata dall'operatore in limine executionis attiene ancora alla fase della procedura di affidamento, e non a quella dell'esecuzione del contratto – e ciò vale a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e) n. 1 Cod. proc. amm. – non v'è dubbio che la scelta di agire in autotutela è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice e non costituisce atto dovuto. Non è imposto, insomma, all'amministrazione aggiudicatrice la revoca in autotutela dell'aggiudicazione anche per fatto imputabile all'aggiudicatario (*ex multis*, cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2019, n. 3576; V, 27 dicembre 2018, n. 7246; IV, 19 settembre 2018, n. 5344).

7.2. Si aggiunga, poi, che, come in precedenza riportato, la stazione appaltante ha ben esposto le ragioni per le quali la condotta imputata all'aggiudicataria non poteva ritenersi violativa del disciplinare di gara: l'impegno del concorrente era (non ad avere la disponibilità ma anche solo) ad acquistare i mezzi offerti (specie se, come nel caso,

richiedenti un ingente investimento perché di nuova immatricolazione) “*in tempo utile per assicurare il regolare svolgimento del servizio*”, ovvero, assume condivisibilmente l’amministrazione resistente, alla data di stipulazione del contratto.

La consegna del servizio in via d’urgenza, del tutto eventuale poiché consentita negli stretti limiti previsti dall’art. 32, comma 8, d.lgs. n. 50, e resasi necessaria per le peculiarità modalità con le quali si è svolta la procedura di affidamento (conclusasi in unica seduta e con aggiudicazione intervenuta nel periodo natalizio), non avrebbe potuto costituire un’anticipazione unilaterale dell’impegno imposto al concorrente che risulti aggiudicatario del contratto.

8. Con il secondo motivo di ricorso (indicato in appello come 2.2.) la ricorrente contesta l’aggiudicazione per “*Violazione e falsa applicazione art. 97 d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per erronea presupposizione, illogicità manifesta, carente ed erronea di istruttoria, carente ed erronea motivazione. Sviamento. Illegittimità diretta e derivata*”: le giustificazioni rese dall’aggiudicataria nel corso del sub – procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta sarebbero “*lacunose e generiche*”, trattandosi di un mero elenco complessivo economico, in contrasto con le indicazioni giurisprudenziali secondo cui le giustificazioni offerte dall’operatore economico devono essere documentate, vale a dire accompagnate da materiale probatorio sufficiente a giustificare il basso livello dei prezzi o dei costi proposti.

Rileva, inoltre, la ricorrente che l’ammortamento annuo, indicato in € 22.000,00, andrebbe considerato inverosimile: per l’ammortamento di cinque autobus, non appare assolutamente giustificato un costo annuo per autobus di appena € 4.400,00).

9. Il motivo è inammissibile.

9.1. La censura è articolata dalla ricorrente in maniera generica: è affermato il carattere “*lacunoso e generico*” delle giustificazioni fornite dall’aggiudicataria nel corso del sub - procedimento di verifica dell’anomalia, ma di tali giustificazioni non ne è spiegato il contenuto (se non precisando trattarsi di “*mero elenco complessivo economico*”), né, specialmente, la ricorrente si dà carico di specificare la documentazione indispensabile alla stazione appaltante per valutare effettivamente la credibilità dell’offerta economica dell’aggiudicataria, anche alla luce delle difese svolte dalla stazione appaltante nel primo grado del giudizio e riportate nella memoria difensiva.

9.2. Non comprensibile, poi, è la contestazione del costo di ammortamento annuo, che si vorrebbe maggiore (pare di capire dal fatto che viene ritenuto non giustificato un costo “*di appena € 4.400,00*”), ma senza fornire spiegazione sull’incidenza di tale dato sulla complessiva valutazione di congruità dell’offerta.

10. Con il terzo motivo di ricorso (in appello punto 2.3.) la ricorrente assume la “*Violazione e falsa applicazione degli artt. 80 e ss. d.lgs. 50/2016. Violazione dei principi generali in tema di procedure di evidenza pubblica e, segnatamente, di necessaria separazione tra le fasi di valutazione dell’offerta tecnica e di quella economica. Eccesso di potere per erronea presupposizione, illogicità manifesta, carenza ed erronea di istruttoria. Sviamento. Illegittimità diretta e derivata*”: nello svolgimento della procedura di gara sarebbe stato violato il principio di segretezza, come pure il principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica, per aver il Consorzio aggiudicatario inserito, nell’offerta tecnica, le proposte di acquisto dei mezzi (per importo di € 85.000,00 per tre autobus e € 90.000,00 per il quarto), così consentendo alla stazione appaltante di ricostruire agevolmente l’intera offerta economica.

11. Il motivo è infondato.

11.1. Anche a voler superare l'indubbio profilo di inammissibilità del motivo – è solo supposto, ma non spiegato il percorso logico che avrebbe potuto condurre la commissione giudicatrice a ricostruire dall'indicazione del prezzo degli autobus i caratteri dell'offerta economica – è decisiva la considerazione per la quale, per aver richiesto il bando di gara che gli operatori economici dimostrassero l'impegno all'acquisto degli automezzi per lo svolgimento del servizio, era del tutto logico che essi, per assolvere a tale onere, presentassero delle proposte di acquisto, le quali, poi, ove fossero state prive dell'indicazione del prezzo, sarebbero state fortemente contestabili.

11.2. Si aggiunga che, quanto alla asserita violazione del principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica, merita adesione la considerazione esposta dall'amministrazione nella sua memoria difensiva: se è vero che esso risponde all'esigenza di evitare che la commissione sia influenzata in sede di valutazione dell'offerta tecnica da elementi propri dell'offerta economica, tale evenienza è del tutto scongiurata quando, come nella procedura in esame, gli elementi di valutazione dell'offerta tecnica indicati dal bando, per essere oggettivi e definitivi, non lasciavano margini di opinabilità alla commissione.

12. Con il quarto motivo di ricorso (individuato dal punto 2.4. in appello), Paolo Scoppio e figli autolinee s.r.l. contesta alla stazione appaltante la *“Violazione e falsa applicazione degli artt. 32 e 76 d.lgs. 50/2016. Violazione art. 97 costituzione. Violazione del giusto procedimento. Sviamento. Illegittimità diretta e derivata”* per aver affidato il servizio in via d'urgenza al Consorzio Eurobus Verona senza previa verifica del possesso dei requisiti necessari alla partecipazione alle procedure di

gara ai sensi dell'art. 32, comma 8, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, sebbene anche per tale modalità di avvio del servizio non si possa prescindere da tale prodromica ed indefettibile verifica.

Aggiunge, infine, la ricorrente che la C.U.C. e il Comune di Nogara non le avrebbero comunicato l'avvenuta adozione del provvedimento di aggiudicazione e del contratto d'appalto, così violando le prescrizioni normative sugli obblighi partecipativi.

13. Il motivo è inammissibile.

La ricorrente non ha alcun interesse a far valere tale motivo di ricorso poiché, ove pure lo stesso fosse accolto, non ne deriverebbero conseguenze, né dirette né indirette, sul provvedimento di aggiudicazione, il quale, pertanto, rimarrebbe pienamente valido ed efficace a favore della controinteressata.

14. In conclusione, il ricorso di primo grado va integralmente respinto con conseguente assorbimento di ogni altra domanda o questione; il motivo di ricorso incidentale, riproposto dal Consorzio Eurobus Verona soc. coop. per il solo caso di accoglimento del ricorso principale, resta assorbito.

15. La particolarità della vicenda giustifica la compensazione delle spese del presente grado del giudizio, ferma la condanna alle spese di lite disposta dalla sentenza di primo grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto n.1056/2018 dichiara ricevibile il ricorso di primo grado di Paolo Scoppio e figli

autolinee s.r.l. e, decidendo nel merito, respinge i motivi di ricorso ivi proposti; assorbito il ricorso incidentale. Rigetta l'appello incidentale. Compensa tra le parti in causa le spese del presente grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prospero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO