



**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 numero di registro generale 6153 del 2021, proposto da Abigail Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Sorace, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Vibo Valentia, via Accademie Vibonesi 2;

***contro***

Comune di Filadelfia, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonello Sdanganelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Commissione Giudicatrice – Progetto SPRAR Filadelfia, non costituita in giudizio; Iride Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Rocco Mauro Todero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

ATI Cooperativa Iride S.C.S. - Cooperativa Progetto Enea S.C.S., non costituito in

giudizio;

*per la riforma*

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) n. 01206/2021, resa tra le parti, concernente l'annullamento, previa sospensiva:

- a) Della determinazione n. 138 del 19.4.2021, con cui il Responsabile dell'area tecnica del Comune di Filadelfia ha statuito: 1) di approvare, tra gli altri, il verbale di gara del 15.4.2021, con cui la Commissione ha dichiarato aggiudicataria provvisoria del bando “l'operatore economico ATI COOPERATIVA SOCIALE PROGETTO ENEA s.c.s. - COOPERATIVA IRIDE s.c.s., nonché il verbale di gara 18.2.2021, recante esclusione della cooperativa ricorrente;
- b) Del verbale di gara 18.2.2021, con il quale la Commissione, nel provvedere alla verifica circa l'ammissibilità delle offerte, ha dichiarato tempestive le offerte pervenute da tutte le ditte ed escluso la cooperativa ricorrente in quanto “*non ha presentato il modello B, compilato e corredato anche dalla planimetria della struttura e da relazione tecnica da parte di un tecnico e pertanto motivo di esclusione (art. 10 del disciplinare di gara)*”;
- c) Di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, tra cui il verbale di gara 15.4.2021 con cui la Commissione ha aggiudicato provvisoriamente l'appalto.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Filadelfia e di Iride Società Cooperativa Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 marzo 2022 il Cons. Annamaria Fasano e viste le conclusioni delle parti, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con determinazione n. 436 del 16.12.2020, veniva indetta dal Comune di Filadelfia una pubblica gara di appalto, con il sistema ME.PA., aderente alla rete nazionale SIPROIMI/SAI, per la gestione del servizio di accoglienza per gli anni dal 2021 al 2023. La gara di appalto era finalizzata alla selezione di un soggetto 'ente attuatore' in possesso dei requisiti di cui al decreto 18 novembre 2019, pubblicato in Gazzetta Ufficiale (GU Serie Generale n. 284 del 4.12.2019).

2. Con verbale n. 1 del 18.2.2021, notificato in data 29.3.2021, la commissione di gara disponeva l'esclusione di Abigail Società Cooperativa Sociale (in seguito Abigail) per non aver trasmesso la domanda di partecipazione e per non avere *"presentato il modello B, compilato e corredato anche dalla planimetria della struttura e da relazione tecnica da parte di un tecnico"*.

3. Con istanza dell'8.4.2021, la cooperativa Abigail si doleva del provvedimento restrittivo adottato in sede procedimentale, invocandone l'integrale revisione al fine di conseguire la riammissione in gara. La stazione appaltante respingeva l'istanza di riesame con nota del RUP n. prot. 3200 del 19.4.2021, comunicata a mezzo PEC.

4. Con determinazione n. 138 del 19.4.2021, la stazione appaltante approvava la proposta di aggiudicazione della Commissione di gara, affidando l'appalto alla cooperativa ATI Cooperativa sociale Progetto Enea s.c.s. e Cooperativa IRIDE s.c.s.

5. Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, la cooperativa Abigail impugnava la determinazione n. 138 del 2021, nonché il verbale di gara del 18.2.2021 recante l'esclusione della ricorrente ed ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, tra cui il verbale di gara del 15.4.2021, con cui la Commissione aveva aggiudicato provvisoriamente l'appalto.

6. La ricorrente lamentava di avere presentato la domanda nel termine indicato dal bando e con le modalità nello stesso segnalate e prescritte, corredandola da illustrazione del programma operativo, nonché da una dichiarazione sostitutiva in ottemperanza alle statuizioni indicate dall' art. 10 del Disciplinare di gara. Rilevava, inoltre, che l'omessa presentazione del c.d. modello B era stata la

conseguenza del mancato reperimento di tale modello, non risultando esso né allegato al bando, né al disciplinare di gara, né disponibile sulla piattaforma ME.PA., né reperibile sull'Albo pretorio.

A tale riguardo, deduceva di avere presentato alla stazione appaltante due richieste di chiarimenti, comunicate a mezzo PEC, che non avevano avuto esito. Denunciava, inoltre, che né l'art. 10 del Disciplinare di gara, né il bando prevedevano la presentazione di planimetria della struttura con allegata relazione tecnica. Contestava, inoltre, la mancata esclusione dell'aggiudicataria in quanto, a fronte di una clausola specifica del bando (art. 8.1.), che prevedeva che il termine di ricevimento delle offerte, a pena di esclusione, doveva avvenire entro e non oltre le ore 12.00 dell'11.1.2021, la stessa era stata ammessa nonostante avesse presentato la domanda in data 12.1.2021.

7. L'adito Tribunale, con sentenza n. 1206 del 2021, dichiarava l'inammissibilità del ricorso in quanto, avendo avuto la ricorrente formale conoscenza del provvedimento di esclusione e delle relative ragioni in data 29.3.2021, tale momento costituiva il *dies a quo* per la decorrenza del termine di impugnazione dell'esclusione dalla gara. Abigail aveva, invece, notificato il ricorso solo in data 19.5.2021, oltre il termine di trenta giorni previsto dall'art. 120, comma 5, c.p.a..

Il giudice di prima istanza, inoltre, precisava che la nota dell'amministrazione resistente del 19.4.2021 non aveva valore di atto di conferma, tale cioè da rimettere in termini la ricorrente, sicchè la mancata impugnazione del provvedimento di esclusione non poteva essere sanata dall'impugnazione, astrattamente tempestiva, del provvedimento di aggiudicazione della gara a soggetto controinteressato.

Secondo il Tribunale, il ricorso era comunque infondato nel merito, in quanto non poteva essere censurato l'operato dell'amministrazione che, in pedissequa applicazione del bando, peraltro non impugnato *in parte qua*, aveva disposto l'esclusione della cooperativa per le riscontrate carenze documentali, che consistevano nella mancata presentazione della domanda di partecipazione, della

domanda in qualità di impresa avvalente ai sensi dell'art. 12 del Disciplinare di gara e nell'omessa presentazione del Modello B, compilato e corredato anche dalla planimetria della struttura e da relazione tecnica.

I giudici di prima istanza respingevano le deduzioni difensive sostenute dalla ricorrente, secondo cui era risultato impossibile presentare il c.d. modello B per inesistenza dello stesso.

8. Abigail Società Cooperativa Sociale ha proposto appello, illustrato con memorie, denunciando che: a) la dichiarazione di inammissibilità del ricorso è fondata su una erronea rappresentazione ermeneutica e fattuale, atteso che il giudice di prime cure non avrebbe considerato il doppio indirizzo dell'impugnazione rivolta anche alla illegittima ammissione delle ditte controinteressate rispetto alle quali nemmeno in astratto potrebbe parlarsi di immediata lesività; b) la sentenza accoglierebbe, ancorchè in forma indiretta, il primo motivo di gravame, osservando che le censure avverso il secondo motivo di esclusione sono destituite di fondamento; c) il giudice di prima istanza non affronterebbe la questione dell'inesistenza ed irreperibilità del modello B, e della validità di una dichiarazione sostitutiva che, al di là del *nomen juris*, contenga tutti gli elementi demandati al modello, atteso che il modello B1 (o B) impossibile da reperire e compilare, sarebbe stato correttamente surrogato dalla predetta dichiarazione sostitutiva, di omologo ed esaudiente contenuto; d) il Tribunale adito applicherebbe erroneamente il principio secondo cui, avendo negativamente scrutinato un tema del ricorso, per assorbimento poteva sottrarsi alla valutazione degli altri, non tenendo conto, nel caso di specie, dell'idoneità dei motivi non scrutinati di essere preliminari ed assorbenti rispetto a quello valutato; e) ai sensi dell'art. 8 del bando di gara, il termine per il ricevimento delle offerte era stato indicato entro e non oltre le ore 12,00 dell'11.01.2021, ma tutte le ditte partecipanti, ad esclusione della cooperativa Abigail, avevano presentato la domanda oltre il termine fissato dal bando ( in data 12.1.2021). Da ciò emergerebbe l'illegittimità del verbale del 18.2.2021 anche nella parte in cui aveva ammesso le domande di tutti i partecipanti, dando luogo all'aggiudicazione

provvisoria di un appalto a soggetto tardivamente costituito; f) l'accoglimento del primo motivo di gravame (avvenuta presentazione della domanda), in uno alla peculiarità del tema sulla tempestività del ricorso, avrebbe imposto la compensazione delle spese di lite, con addebito dell'onere per contributo unificato a tutte le parti, in ragione paritaria. In linea del tutto subordinata, si chiede una statuizione in tali termini per entrambi i gradi.

8.1. Il Comune di Filadelfia si è costituito in resistenza, depositando memorie, eccependo l'inammissibilità del ricorso di primo grado e l'infondatezza dell'appello.

8.2. Si è costituita Iride Società Cooperativa Sociale, concludendo per il rigetto del gravame.

9. All'udienza pubblica del 31 marzo 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

10. Con il primo motivo l'appellante lamenta che la dichiarazione di inammissibilità del ricorso sarebbe fondata su una erronea rappresentazione ermeneutica e fattuale. L'esponente sostiene che il T.A.R. si sarebbe basato su un unico arresto giurisprudenziale, dovuto al Consiglio per la Giustizia Amministrativa Siciliana (n. 322 del 2021), ma avrebbe ommesso di valutare le corpose considerazioni di segno contrario emerse a seguito dell'abrogazione del comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a. con il d.l. 32 del 2019. Il giudice di prima istanza non avrebbe considerato il doppio indirizzo dell'impugnazione, rivolta anche alla illegittima ammissione delle ditte controinteressate, rispetto alle quali nemmeno in astratto potrebbe parlarsi di immediata lesività, e nemmeno avrebbe considerato la specificità casistica della sentenza del C.G.A.S. che, richiamando la sentenza del Consiglio di Stato n. 7669 del 3.12.2020, avrebbe fatto riferimento al diverso tema del regime applicabile nella fase transitoria, dopo l'abrogazione del comma 2 bis. Sulla base dei recenti arresti della giurisprudenza del Consiglio di Stato (sentenza n. 2507 del 2021) nessun dubbio vi sarebbe in ordine alla circostanza che

l'impugnazione congiunta dell'esclusione, della errata ammissione delle cooperative controinteressate e dell'aggiudicazione, operata dalla ricorrente, abbia costituito una modalità consona al sistema di valori processuali correnti e, dunque, pienamente tempestiva ed ammissibile. Tanto più che, riguardo all'impugnazione delle ammissioni non vi sarebbe, neppure in astratto, uno stato di immediata lesività, non essendovi contezza circa i contenuti delle rispettive offerte. Il termine per impugnare, pertanto, decorrerebbe dalla pubblicazione generalizzata degli atti di procedura.

11. Con il secondo mezzo, si denuncia che il giudizio di inammissibilità non ha comunque impedito al T.A.R. di scrutinare, anche se parzialmente, il merito del giudizio e di considerarlo infondato. Secondo l'appellante, anche nella valutazione dei motivi di merito la decisione del Tribunale adito risentirebbe di un approccio non condivisibile. La ricorrente, in prime cure, avrebbe dimostrato l'incongruenza della decisione *ad excludendum*, nella parte in cui, per un verso, avrebbe negato l'esistenza della domanda di partecipazione e, per altro verso, ne avrebbe confermato la sussistenza formale e procedurale, attraverso il rilievo relativo all'assenza del modello B. La sentenza, pertanto, accoglierebbe, ancorchè in forma indiretta, il primo motivo di gravame, osservando che le censure avverso il secondo motivo di esclusione sono destituite di fondamento. Da tale assunto, l'appellante deduce che le critiche avverso il primo motivo sarebbero state ritenute corrette e, quindi, accolte.

Il T.A.R. avrebbe avuto un approccio astratto, non affrontando l'eccezione inesistenza ed irreperibilità del modello B, e la validità della dichiarazione sostitutiva che, al di là del *nomen juris*, conterrebbe tutti gli elementi demandati al modello. Il giudicante non avrebbe considerato che il modello B non era rintracciabile, né in seno al bando, né rinvenibile nel ME.PA., né nell'albo pretorio, né presso le 'Linee Guida allegate al Decreto del Ministro dell'Interno 18 novembre 2019' evocate dall'art. 10 del Disciplinare di gara, limitandosi ad asserire che tale modello andava prodotto a pena di esclusione. Il modello B1 (o B),

impossibile da reperire e compilare, sarebbe stato correttamente surrogato da una dichiarazione sostitutiva, di omologo ed esauriente contenuto. Nel caso in esame, la stazione appaltante avrebbe inteso predicare un documento, accessibile solo ad uno dei partecipanti (il gestore uscente del servizio) ed inaccessibile a tutti gli altri, con grave distorsione dei principi di parità e trasparenza della gara pubblica.

Abigail argomenta che i modelli B (o B1) altro non sarebbero che dichiarazioni sostitutive, collocate all'interno di uno schema predefinito. Sul piano sostanziale la dichiarazione sostitutiva avrebbe elaborato e rappresentato tutti gli elementi richiesti dalla *lex specialis*, puntualizzando anche l'impegno a certificare l'idoneità dei locali attraverso "*apposita planimetria della struttura fornita da una relazione tecnica da parte di un tecnico*", testo che riproduce pedissequamente il contenuto dell'art. 10 del Disciplinare.

Il T.A.R. avrebbe, inoltre, erroneamente applicato il principio secondo cui, in presenza di un atto amministrativo fondato su una pluralità di ragioni indipendenti ed autonome le une dalle altre, il rigetto delle censure proposte contro una di tali ragioni renderebbe superfluo l'esame di quelle relative alle altre parti del provvedimento. L'assunto non terrebbe conto, nel caso di specie, dell'idoneità dei motivi non scrutinati di esser preliminari ed assorbenti rispetto a quello valutato.

Si denuncia, inoltre, che tutte le ditte partecipanti, fatta esclusione della cooperativa ricorrente, avrebbero presentato la domanda oltre il limite fissato dall'art. 8 del Bando e, precisamente, in data 12.1.2021. Ne consegue che l'unica offerta che avrebbe avuto titolo di essere scrutinata era quella della cooperativa Abigail, che aveva formalizzato la domanda in data 11.1.2021, entro le ore 12.00. Secondo l'appellante non avrebbe rilievo la circostanza che sul ME.PA. era apparsa, quale limite temporale per la presentazione della domanda, la data erronea del 12.1.2021, in quanto le disposizioni regolatorie della *lex specialis* erano inderogabili. Da siffatti rilievi, la cooperativa deduce l'illegittimità del verbale del 18.2.2021, anche nella parte in cui ha ammesso le domande di tutti i partecipanti, come del verbale



del 15.4.2021 e della determina n. 138 del 19.4.2021, che hanno dato luogo all'aggiudicazione provvisoria di un appalto a soggetto tardivamente costituito e senza previamente provvedere all'apertura dei plichi in forma pubblica, come prescritto dall'art. 8.4. del bando.

12. Con il terzo mezzo, si eccepisce che l'accoglimento del primo motivo di ricorso, relativo alla avvenuta presentazione della domanda, in uno alla peculiarità del tema sulla tempestività del ricorso, avrebbe imposto la compensazione delle spese di lite, con addebito dell'onere del contributo unificato a tutte le parti, in ragione paritaria. In linea del tutto subordinata, si chiede la statuizione in tali termini per entrambi i gradi.

13. Il Collegio rileva che questione preliminare ed assorbente è quella relativa alla denuncia avverso la dichiarazione di inammissibilità del ricorso per tardività.

Le critiche non possono essere condivise per i principi di seguito enunciati.

13.1. La questione della decorrenza del termine di impugnazione degli atti di una procedura di gara per l'affidamento di un contratto di appalto è stata affrontata dall'Adunanza plenaria con la sentenza 2 luglio 2020, n. 12, mediante la predisposizione di uno schema articolato in momenti diversi di possibile conoscenza degli atti di gara ad ognuno dei quali corrispondono precise condizioni affinché possa aversi decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione, in base alla considerazione, di carattere generale, per la quale l'individuazione della decorrenza del termine per ricorrere continua a dipendere dal rispetto delle disposizioni sulle formalità inerenti alla informazione e alla pubblicizzazione degli atti, nonché dalle iniziative dell'impresa che effettui l'accesso informale con una 'richiesta scritta' per la quale sussiste il termine di quindici giorni previsto dall'art. 76, comma 2, del 'secondo codice' applicabile per identità di *ratio* anche all'accesso informale.

In particolare, l'Adunanza plenaria ha precisato in tema di decorrenza del termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione che:

a) decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara – comprensiva anche

dei verbali (ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate) ai sensi dell'art. 29, comma 1, ultima parte, d.lgs. n. 50 del 2016;

b) dall'acquisizione, per richiesta della parte o per invio officioso, delle informazioni di cui all'art. 76 d.lgs. n. 50 del 2016, ma solo a condizione che esse 'consentano' di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati o per accertarne altri, così da permettere la presentazione non solo dei motivi aggiunti ma anche del ricorso principale;

c) dalla proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara con conseguente dilazione temporale fino al momento in cui è consentito l'accesso se *'i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta'*;

d) dalla comunicazione o dalla pubblicità nelle forme individuate negli atti di gara ed accettate dai partecipanti alla gara *'purchè gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati'*.

A seguito delle modifiche introdotte dall'art. 1, comma 22, della legge n. 55 del 2019, il dibattito processuale è stato investito della questione se, nonostante l'abrogazione del vecchio codice e l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, l'art. 120, comma 5, c.p.a., dovesse ancora essere interpretato e applicato come aveva fatto la giurisprudenza amministrativa consolidatasi precedentemente.

In linea generale, l'Adunanza plenaria ha ritenuto che l'orientamento da preferire sia quello che predica la continuità della giurisprudenza consolidatasi prima dell'intervento del 2016, dal momento che non è emersa alcuna volontà modificativa del *dies a quo* del termine di impugnazione da parte del legislatore.

Ciò premesso, va rammentato che l'art. 204, dopo aver introdotto un mero affidamento lessicale all'art. 120, comma 1, del codice del processo amministrativo, disponeva che al medesimo articolo 120 fosse inserito il comma 2 bis, secondo il

quale *“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’art. 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 endoprocedimentali privi di immediata lesività”*.

L’art. 29 (rubricato ‘principi in materia di trasparenza’) comma 1, del ‘nuovo’ Codice appalti, prevede, tra l’altro che *“Al fine di consentire l’eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell’articolo 120 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 delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico- finanziari e tecnico – professionali”*. L’art. 76, comma 3, stabilisce che *“è dato avviso ai concorrenti, mediante PEC o strumento analogo negli altri Stati membri, del 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, indicando l’ufficio o il collegamento informatico o l’accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti”*.

A seguito della riforma introdotta dal d.l. n. 32 del 2019, non vi è più un onere di immediata impugnazione delle ammissioni dei concorrenti ad una gara prima dell’aggiudicazione della stessa e, di conseguenza, non vi è più alcun margine di preclusione per l’impugnazione di tali profili legati alla fase di prequalifica in quella sede; profili che potranno dunque farsi valere successivamente, eventualmente in ragione del posizionamento dei concorrenti medesimi nella

graduatoria finale della procedura, nell'intento di ottenere il bene della vita che è costituito dall'aggiudicazione e dalla stipula del contratto.

L'esclusione del concorrente, al contrario, produce una conseguenza immediata nella sfera giuridica del destinatario, che viene estromesso dalla competizione, costituendo, se non annullata, un impedimento a che questi impugni gli atti successivi della procedura, e quindi anche la successiva aggiudicazione, atteso che l'escluso non è più legittimato a gravare gli atti di gara in quanto non (più) partecipante alla medesima.

Da siffatti rilievi non coglie nel segno la prospettazione difensiva sostenuta dall'appellante, secondo cui, nella specie, si sarebbero impugnati anche i provvedimenti di ammissione delle altre imprese partecipanti alla gara, sicchè in tal caso il *dies a quo* dell'impugnazione decorrerebbe dal momento di conoscenza effettiva degli atti relativi alle altrui ammissioni (secondo i principi precisati dall'Adunanza Plenaria). L'obiezione, per quanto suggestiva, è finalizzata a differire impropriamente il *dies a quo* del termine per l'impugnazione di un atto, quale quello di esclusione che, al contrario dei provvedimenti di ammissione delle altre imprese, incide immediatamente nella sfera giuridica del destinatario, essendo dotato di autonoma lesività.

E' noto a questo Collegio l'indirizzo recentemente espresso dalla Corte di Giustizia, sez. IV, ordinanza 14 febbraio 2019, C-54/2018, allorchè ha subordinato la compatibilità dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. al '*diritto ad un ricorso effettivo*', ossia al fatto che '*gli interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza*' dei presunti vizi di legittimità dell'atto.

Se è vero che '*i ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici*' postulano che '*i termini imposti*' per la loro proposizione '*inizino a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente abbia avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza dell'asserita violazione di dette disposizioni*', va ribadito che, secondo le regole processuali, il ricorrente è onerato

dell'obbligo di impugnare immediatamente il provvedimento lesivo di cui ha avuto conoscenza, nella specie rappresentato dall'atto di esclusione, perché con tale atto la sua posizione soggettiva degrada a mero 'interesse di fatto', non dissimile da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha più titolo ad impugnare gli atti della procedura. Appare all'evidenza l'automa lesività del provvedimento di esclusione che, pertanto, in alcun modo può essere, ai fini dell'impugnazione, assimilato ai provvedimenti di ammissione delle altre imprese alla procedura di gara.

Ne consegue che l'omessa impugnazione nei termini, determina l'inammissibilità del ricorso per tardività, e, quindi, il difetto di interesse del ricorrente alla pronuncia su qualsiasi ulteriore doglianza proposta con riferimento agli atti di gara, anche a quelli successivi e consequenziali.

L'atto di esclusione della procedura non solo influisce sull'interesse a ricorrere, producendo l'effetto lesivo dell'estromissione, ma radica la legittimazione a impugnare l'aggiudicazione.

L'appellante richiama non correttamente il contenuto della sentenza di questo Consiglio, sez.V, 5 agosto 2020, n. 4927, atteso la pronuncia fa riferimento alla definitiva eliminazione (o, secondo altra prospettiva, della intervenuta sanatoria) delle preclusioni processuali che conseguivano alla vigenza dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., con riferimento ai provvedimenti sulle ammissioni, che mantengono natura endoprocedimentale, senza che sia più autonomamente rilevante l'interesse procedimentale alla corretta preventiva selezione dei concorrenti.

Con tale decisione non si statuisce il venir meno dell'onere processuale dell'impugnazione immediata dell'atto di esclusione dalla gara.

13.2. Rammentando quanto si è detto, ossia che, in linea generale, l'Adunanza plenaria ha ritenuto che l'orientamento da preferire sia quello che predica la continuità della giurisprudenza consolidatasi prima delle novità legislative, va ribadito che, con indirizzo condiviso, il *dies a quo* del termine per impugnare l'esclusione decorre dalla data in cui il concorrente è stato messo in condizione di

avere una effettiva conoscenza dei motivi e delle ragioni che hanno indotto la stazione appaltante ad adottare il provvedimento in questione (*ex plurimis* Cons. Stato n. 408 del 2016; Cons. Stato n. 119 del 2016; Cons. Stato n. 2274 del 2015; Cons. Stato n. 1438 del 2014; Cons. Stato n. 2614 del 2013; Cons. Stato n. 896 del 2013).

Invero, è dall'effettiva conoscenza che sorge il bisogno (*rectius* interesse) concreto e attuale di tutela giurisdizionale, atteso che l'estromissione dalla competizione costituisce un impedimento all'impugnazione di ogni altra statuizione riferibile alla vicenda procedimentale dell'affidamento dell'appalto pubblico.

Ciò in linea con i richiamati arresti della giurisprudenza amministrativa oltre che di quella comunitaria (cfr. Corte di Giustizia UN V, Sezione, 8 maggio 2014, causa C-161/13), secondo i quali il termine per proporre il ricorso giurisdizionale decorre dalla data in cui il ricorrente ha avuto 'effettiva conoscenza' del provvedimento lesivo.

Si ritiene, pertanto, di condividere l'approccio ermeneutico della pronuncia n. 322 del 16 aprile 2021 del C.G.A.S., richiamata in motivazione dal Tribunale amministrativo, secondo cui, va riconosciuta una portata immediatamente lesiva all'atto di esclusione della procedura di gara, trattandosi di un provvedimento che conclude, nei confronti del destinatario, il procedimento cui il medesimo aspira a partecipare, imponendone l'impugnazione nei termini di legge, e il termine per impugnare decorre dalla conoscenza dell'atto.

Nel caso di specie, i vizi relativi all'esclusione dalla gara, ritenuti immediatamente lesivi, a prescindere dalla aggiudicazione finale della gara, o dai provvedimenti di ammissione delle altre partecipanti, dovevano essere censurati immediatamente, da parte della concorrente interessata, entro 30 giorni dalla pubblicazione e comunicazione della esclusione determinata dal committente (corredata da relativi atti, documenti e motivazioni ex art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016), con conseguente preclusione a farli valere per illegittimità derivata in un momento

successivo della procedura di gara (anche tramite ricorso incidentale).

La proposizione del ricorso avverso il provvedimento di esclusione oltre il termine di cui all'art. 120, comma 5, c.p.a., ne ha determinato l'inammissibilità per tardività, come correttamente dichiarato dal dal giudice di prima istanza, il quale ha fatto buon governo dei principi espressi, rilevando che: *‘L’art. 120, comma 5, c.p.a., come modificato dall’art. 204, comma 1, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016 e poi dall’art. 1, comma 22, della legge n. 55 del 2019 dispone che, 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 ricezione della comunicazione di cui all’art. 79 del d.lgs. 12.4.2006, n. 163 (ora: di cui all’art. 76, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016) o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all’art. 66, comma 8, dello stesso decreto; ovvero in ogni altro caso dalla conoscenza dell’atto’*. Il giudicante, richiamando il recente indirizzo della giurisprudenza amministrativa ( v. C.G.A.S. n. 322 già citata), ritiene che i provvedimenti di esclusione (erano e) sono immediatamente impugnabili in quanto immediatamente lesivi, e se non annullati costituiscono un impedimento a che questi impugni l’aggiudicazione, atteso che l’escluso non è più legittimato a gravare gli atti di gara in quanto non più partecipante alla medesima.

Non è contestato, infatti, che con verbale n. 2 del 18.2.2021 la Commissione di gara ha disposto l’esclusione della ricorrente, e che tale verbale è stato notificato in data 29.3.2021, pertanto da tale momento decorreva il termine per proporre impugnazione. Abigail ha provveduto a notificare il ricorso solo in data 19.5.2021, ossia oltre il termine di trenta giorni di cui all’art. 120, comma 5, c.p.a., con conseguente inammissibilità dell’impugnazione.

Il Tribunale amministrativo, inoltre, ha correttamente precisato che la nota dell’amministrazione del 19.4.2021 non ha valore di atto di conferma, idoneo a rimettere in termini il ricorrente, atteso che si limita a richiamare il precedente

provvedimento, senza alcuna valenza costitutiva.

14. Ciò premesso, la declaratoria di inammissibilità del ricorso determina l'inammissibilità di tutte le altre censure attinenti al merito della controversia.

La giurisprudenza processualistica ha concordemente affermato il principio secondo cui: *“qualora il giudice dopo una statuizione di inammissibilità, con la quale si è spogliato della ‘postestas iudicandi’ in relazione al merito della controversia, abbia impropriamente inserito nella sentenza argomentazioni sul merito, la parte soccombente non ha l’onere né l’interesse ad impugnarle; conseguentemente è ammissibile l’impugnazione che si rivolga alla sola statuizione pregiudiziale ed è viceversa inammissibile per difetto di interesse, l’impugnazione nella parte in cui pretenda un sindacato anche in ordine alla motivazione sul merito, svolta ‘ad abundantiam’ nella sentenza gravata”*(Cass. n. 8821 del 2022; Cass. n. 21514 del 2019).

Ne consegue che, nella specie, il giudice, avendo dichiarato l'inammissibilità dell'impugnazione per tardività, si è spogliato della *‘potestas iudicandi’*, pertanto gli argomenti illustrati nella sentenza impugnata con riferimento ai motivi di merito sono stati resi *ad abundantiam*, sicchè difetta l'interesse del ricorrente in relazione alle censure che riguardano l'esame del merito della controversia, atteso che le motivazioni rese dal Tribunale amministrativo nella sentenza impugnata devono ritenersi ininfluenti ai fini della decisione.

La giurisprudenza di legittimità, dalla quale non vi è motivo di discostarsi, ha in più occasioni precisato che pronuncia in rito completamente definitiva della causa, quale può essere la dichiarazione di inammissibilità del ricorso per tardività, costituisce l'unica vera ragione della decisione, con conseguente venire meno dell'interesse del ricorrente ad impugnare decisioni che riguardano l'esame del merito della controversia (Cass. Sez. Unite, 20.2.2007, n. 3840).

15. In definitiva, l'appello va respinto per i principi sopra enunciati ed ogni altra questione prospettata deve ritenersi assorbita, ciò in quanto le questioni vagliate



esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, e gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati ritenuti dal Collegio non rilevanti ai fini della decisione e, comunque, non idonei a supportare una conclusione di segno diverso.

16. Le spese di lite del grado seguono la soccombenza e vanno liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, respinge l'appello, come in epigrafe proposto, e dichiara l'inammissibilità del ricorso di primo grado.

Condanna l'appellante al rimborso delle spese di lite del presente grado liquidate in complessivi euro 3000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge se dovuti, da corrispondersi a favore di ciascuna delle parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Annamaria Fasano**

**IL PRESIDENTE**  
**Diego Sabatino**

**IL SEGRETARIO**

