

**Ricorso al T.A.R., con domanda cautelare  
e istanza di misure cautelari  
monocratiche, in materia di gara  
per l'affidamento di un appalto pubblico**  
di Roberto Giovagnoli

*Il Comune di Alfa ha indetto una gara avente ad oggetto la realizzazione di una centrale alimentata a biomasse per teleriscaldamento di una zona dell'abitato comunale. Nel bando del 10 agosto 2020 si stabiliva che l'opera era da realizzarsi entro il termine di 30 giorni per la progettazione, 365 per l'esecuzione e per l'importo complessivo di Euro 3.060.200,85. Il sistema di gara prescelto era stato quello della procedura aperta da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.*

*La commissione aggiudicatrice, dopo aver espletato la procedura di gara in due sedute, ha proposto di aggiudicare l'appalto al R.T.I. costituito tra la società Beta s.p.a. e la società Gamma s.r.l. Alla proposta di aggiudicazione è seguita l'aggiudicazione per effetto della determinazione del dirigente dell'area tecnica n. 538 del 9 novembre 2020, pubblicata il giorno stesso sul sito istituzionale della stazione appaltante e comunicata via PEC il 10 novembre 2020 a tutti i partecipanti alla gara.*

*Solo a seguito di accesso agli atti di gara, chiesto in via informale immediatamente dopo l'aggiudicazione, e ottenuto in data 18 novembre 2020, il R.T.I. tra la società Sigma s.r.l. (mandataria) e la società Omega s.p.a. (mandante), classificatosi secondo, poteva riscontrare che:*

- a) che il raggruppamento temporaneo aggiudicatario capeggiato da Beta si era avvalso di un progettista, l'Ing. Tizio, non facente parte del R.T.I., privo dei requisiti speciali richiesti per partecipare alla competizione. Quest'ultimo a sua volta aveva presentato un contratto di avvalimento stipulato con la Prisma S.r.l. (come soggetto ausiliario) all'evidente scopo di utilizzarne i*

- requisiti, avendo dichiarato espressamente di essere privo di taluni di quelli richiesti dal bando, analiticamente indicati;*
- b) *che gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi contenenti le offerte e la successiva apertura delle buste non si erano svolti in seduta pubblica.*

*I legali rappresentanti delle società Omega e Sigma si recano da un avvocato solo in data 13 dicembre 2020, portandogli tutta la documentazione in suo possesso.*

*Il candidato, assunte le vesti dell'avvocato delle società Omega e Sigma, rediga l'atto più idoneo a tutelare le ragioni delle assistite, soffermandosi anche sui profili di rito sollevati dalla traccia.*

## **NORME DI RIFERIMENTO**

---

**Art. 120, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 - Disposizioni specifiche ai giudizi di cui all'art. 119, co. 1, lett. a).**

5. 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'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, dello stesso decreto; ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto. Per il ricorso incidentale la decorrenza del termine è disciplinata dall'articolo 42.

**Art. 89, co. 6, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 - Avvalimento.**

6. È ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie. L'ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto.

## **GIURISPRUDENZA DI RIFERIMENTO**

---

**Cons. Stato, Ad. Plen., 2 luglio 2020, n. 12**

1. Il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono

comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016.

2. Le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri, consentono la proposizione non solo dei motivi aggiunti, ma anche di un ricorso principale.

3. La proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la "dilazione temporale" quando 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.

4. La pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione.

5. Sono idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati.

### **Cons. Stato, Ad. Plen., 27 maggio 2015, n. 5**

1. Nel giudizio impugnatorio di legittimità in primo grado, l'unicità o pluralità di domande proposte dalle parti, mediante ricorso principale motivi aggiunti o ricorso incidentale, si determina esclusivamente in funzione della richiesta di annullamento di uno o più provvedimenti autonomamente lesivi.

2. Nel giudizio impugnatorio di legittimità in primo grado, la parte può graduare, esplicitamente e in modo vincolante per il giudice, i motivi e le domande di annullamento, ad eccezione dei casi in cui, ex art. 34, co. 2, c.p.a., il vizio si traduca nel mancato esercizio di poteri da parte dell'autorità per legge competente.

3. Nel giudizio impugnatorio di legittimità in primo grado, non vale a graduare i motivi di ricorso o le domande di annullamento il mero ordine di prospettazione degli stessi.

4. Nel giudizio impugnatorio di legittimità in primo grado, in mancanza di rituale graduazione dei motivi e delle domande di annullamento, il giudice amministrativo, in base al principio dispositivo e

di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, è obbligato ad esaminarli tutti, salvo che non ricorrano le seguenti ipotesi:

- a) assorbimento per espressa previsione di legge;
- b) evidenti e ineludibili ragioni di ordine logico-pregiudiziale;
- c) ragioni di economia processuale, se comunque non risulti lesa l'effettività della tutela dell'interesse legittimo e della funzione pubblica.

**Cons. Stato, Ad. Plen., 9 luglio 2013, n. 20**

Il progettista indicato, nell'accezione e nella terminologia dell'articolo 53, comma, del decreto legislativo n. 163 del 2006, va qualificato come professionista esterno incaricato di redigere il progetto esecutivo. Pertanto, non rientra nella figura del concorrente né tanto meno in quella di operatore economico, nel significato attribuito dalla normativa interna e da quella dell'Unione europea. Sicché non può utilizzare l'istituto dell'avvalimento per la doppia ragione che esso è riservato all'operatore economico in senso tecnico e che l'avvalimento cosiddetto "a cascata" era escluso anche nel regime del codice dei contratti pubblici, ora abrogato e sostituito dal decreto legislativo n. 50 del 2016, che espressamente lo vieta.

**Cons. Stato, Sez. III, 24 settembre 2018, n. 5495**

L'obbligo di apertura delle offerte in seduta pubblica discende dal principio di trasparenza, espressamente richiamato dall'articolo 30 del d.lgs. 50/2016, secondo cui *"nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice"*.

L'apertura in seduta pubblica dei plichi contenenti le offerte tecniche, infatti, risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa.

Alla luce dei principi dettati dall'Adunanza Plenaria n. 13 del 2011, la giurisprudenza ha affermato che la mancata pubblicità delle sedute di gara costituisce non una mera mancanza formale, ma una violazione sostanziale, che invalida la procedura, senza che occorra la prova di un'effettiva manipolazione della documentazione prodotta

e le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili *ex post*, una volta rotti i sigilli e aperti i plichi. Ne discende che la rilevanza della violazione prescinde dalla prova concreta delle conseguenze negative derivanti dalla sua violazione, rappresentando un valore in sé, di cui la normativa nazionale e comunitaria predica la salvaguardia a tutela non solo degli interessi degli operatori, ma anche di quelli della stazione appaltante.

## **SVOLGIMENTO**

---

### **Tribunale amministrativo regionale per \_\_\_\_ Ricorso**

nell'interesse della società Omega s.p.a., in proprio e quale mandataria del R.T.I., costituito con la società Sigma s.r.l., e della società Sigma s.r.l., in proprio e quale mandante del R.T.I. costituito con la società Omega s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, entrambe rappresentate e difese dall'Avv. \_\_\_\_, come da procura in calce al presente ricorso;

#### **contro**

il Comune di \_\_\_\_, in persona del Sindaco *pro tempore*, con sede in \_\_\_\_

#### **e nei confronti**

della società Beta s.p.a., in proprio e quale mandataria del R.T.I. costituito con la società Gamma s.r.l., e della società Gamma s.r.l., in proprio e quale mandante del R.T.I. costituito con la società Beta s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, con sede rispettivamente in \_\_\_\_ Via \_\_\_\_ e in \_\_\_\_ Via \_\_\_\_

#### **premesso in fatto**

Il Comune di Alfa ha indetto una gara avente ad oggetto la realizzazione di una centrale alimentata a biomasse per teleriscaldamento. Nel bando del 10 agosto 2020 si stabiliva che l'opera era da realizzarsi entro il termine di 30 giorni per la progettazione, 365 per l'esecuzione e per l'importo complessivo di Euro 3.060.200,85. Il sistema di gara prescelto era stato quello della procedura aperta da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La commissione aggiudicatrice, dopo aver espletato la procedura di gara in due sedute, ha proposto di aggiudicare l'appalto al R.T.I. costituito tra la società Beta s.p.a. e la società Gamma s.r.l. Alla proposta di aggiudicazione è seguita l'aggiudicazione per effetto della determinazione del dirigente dell'area tecnica n. 538 del 9 novembre 2020, pubblicata il giorno stesso sul sito istituzionale della stazione appaltante e comunicata via PEC il 10 ottobre 2020 a tutti i partecipanti alla gara.

Solo a seguito di accesso agli atti di gara, chiesto in via informale immediatamente dopo l'aggiudicazione, e ottenuto in data 15 novembre 2020, il R.T.I. tra la società Sigma s.r.l. (mandataria) e la società Omega s.p.a. (mandante), classificatosi secondo, poteva riscontrare che:

- a) che il raggruppamento temporaneo aggiudicatario capeggiato da Beta si era avvalso di un progettista, l'Ing. Tizio, non facente parte del R.T.I., privo dei requisiti speciali richiesti per partecipare alla competizione. Quest'ultimo a sua volta aveva presentato un contratto di avvalimento stipulato con la Prisma S.r.l. (come soggetto ausiliario) all'evidente scopo di utilizzarne i requisiti, avendo dichiarato espressamente di essere privo di taluni di quelli richiesti dal bando, analiticamente indicati;
- b) che gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi contenenti le offerte e la successiva apertura delle buste non si erano svolti in seduta pubblica.

#### **considerato in diritto**

##### **a) Sulla ricevibilità del ricorso.**

Al fine di prevenire possibili eccezioni delle controparti, si ritiene opportuno sin da ora precisare che sebbene l'aggiudicazione sia stata pubblicata sul sito internet della stazione appaltante in data 9 novembre 2020 e successivamente comunicata in data 10 novembre 2020, le ricorrenti hanno avuto possibilità di conoscere i vizi che con il presente gravame vengono dedotti solo in seguito all'accesso agli atti, avvenuto in data 18 novembre 2020.

A tal proposito, si richiama l'indirizzo giurisprudenziale, recentemente ribadito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 2 luglio 2020, n. 12), secondo cui i termini imposti per proporre i ricorsi avverso gli atti delle procedure di affidamento cominciano a decorrere solo quando "il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione". La stessa Adunanza plenaria, richiamando la giurisprudenza comuni-

taria, ha precisato che una possibilità, come quella prevista dall'art. 43 c.p.a. 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, 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” (Corte di giustizia, Sez. V, 8 maggio 2014, in C-161/13, cit., punto 40).

Sulla base di tali premesse, l'Adunanza plenaria ha, quindi, concluso nel senso che la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la ‘dilazione temporale’ quando 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.

Il presente ricorso, pertanto, notificato nei 30 giorni successivi alla data di accesso agli atti, deve considerarsi tempestivo.

**2) Nel merito. In via principale: esclusione dell'aggiudicatario per aver violato il divieto di avvalimento rispetto al progettista estero.**

Nel merito, il R.T.I. ricorrente, avvalendosi della facoltà di graduare i motivi di annullamento in maniera vincolante per il giudice, facoltà espressamente riconosciuta dalla giurisprudenza amministrativa (cfr., per tutte, Ad. Plen. 27 aprile 2015, n. 5), lamenta, in via principale che il R.T.I. aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, in quanto il professionista indicato come progettista esterno è privo dei requisiti speciali richiesti dal bando e non poteva ricorrere, per integrare tali requisiti, all'istituto dell'avvalimento.

A sostegno del motivo va richiamata, anche in tal caso, una recente sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (Ad. Plen., 12 luglio 2020, n. 13), la quale, risolvendo un contrasto interpretativo formatosi nel vigore del vecchio codice (ma enunciando principio a maggior ragione validi nel vigore del nuovo codice dei contratti pubblici), ha affermato che professionista esterno indicato dal raggruppamento che ha formulato l'offerta, discende che questi assume un rilievo tale per cui deve possedere in proprio i requisiti richiesti per eseguire la prestazione professionale e, per altra via, gli è anche preclusa la possibilità di sopperire ad eventuali lacune utilizzando i requisiti posseduti da altro professionista, singolo o associato, come avvenuto nel caso di specie.

Ciò in quanto egli non rientra nella figura del “concorrente” né tanto meno in quella di “operatore economico”, nel significato attribuito dalla normativa interna e da quella dell’Unione europea. Sicché non può utilizzare l’istituto dell’avvalimento per la doppia ragione che esso è riservato all’operatore economico in senso tecnico e che l’avvalimento cosiddetto “a cascata” è espressamente vietato dall’art. 89, co. 6, del nuovo codice dei contratti pubblici.

L’accoglimento del motivo implica l’esclusione del R.T.I. aggiudicatario e la conseguente aggiudicazione a favore del R.T.I. ricorrente: si chiede, a tal fine, che il giudice voglia condannare espressamente l’Amministrazione al rilascio dell’aggiudicazione, previa dichiarazione di inefficacia del contratto ove nelle more stipulato, ai sensi degli artt. 34, co. 2, lett. c) e 124 c.p.a.

### **3) In via subordinata: annullamento della gara per violazione del principio di pubblicità delle sedute.**

In via espressamente subordinata – solo nelle denegata e non creduta ipotesi in cui non dovesse essere accolto il motivo proposto in via principale – il R.T.I. odierno ricorrente chiede che la gara venga annullata per violazione del principio di pubblicità delle sedute. Risulta dagli atti infatti, che le operazioni di verifica della regolarità dei plichi e di apertura delle offerte è avvenuta in seduta segreta, in violazione del principio di trasparenza, espressamente richiamato dall’articolo 30 del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui *“nell’affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice”*.

L’apertura in seduta pubblica dei plichi contenenti le offerte, infatti, risponde all’esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti, ma anche dell’interesse pubblico alla trasparenza ed all’imparzialità dell’azione amministrativa.

Alla luce dei principi dettati dall’Adunanza Plenaria n. 13/2011, la giurisprudenza ha affermato che la mancata pubblicità delle sedute di gara costituisce non una mera mancanza formale, ma una violazione sostanziale, che invalida la procedura, senza che occorra la prova di un’effettiva manipolazione della documentazione prodotta e le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili *ex post*, una volta rotti i sigilli e aperti i plichi. Ne discende che la



rilevanza della violazione prescinde dalla prova concreta delle conseguenze negative derivanti dalla sua violazione, rappresentando un valore in sé, di cui la normativa nazionale e comunitaria predica la salvaguardia a tutela non solo degli interessi degli operatori, ma anche di quelli della stazione appaltante.

#### **4) Domanda cautelare con istanza di misure cautelari monocratiche ex art. 56 c.p.a.**

Nelle more della fissazione dell'udienza per la discussione del merito, il R.T.I. ricorrente chiede che venga disposta in via cautelare la sospensione degli atti di gara e, in particolare, del provvedimento di aggiudicazione a favore del R.T.I. controinteressato.

Il *fumus boni iuris* emerge in maniera evidente dai motivi articolati. Sussiste, altresì, il *periculum in mora*, perché il contratto non risulta ancora stipulato, ma vi è il rischio che nelle more del giudizio possa essere concluso, il che, specie in caso di successivo inizio dei lavori, potrebbe pregiudicare la possibilità per le odierne ricorrente di ottenere la tutela in forma specifica, ovvero il successivo subentro nel rapporto contrattuale.

Per tali ragioni si ritiene che sussistano anche i presupposti di estrema gravità ed urgenza, tali da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio per ottenere dal Presidente del Tribunale l'adozione di misure cautelari monocratiche.

#### **P.T.M.**

Alla luce delle considerazioni che precedono, le società Sigma e Omega, come sopra rappresentate e difese, chiedono che l'Ecc.mo T.A.R. adito, respinta ogni contraria eccezione, voglia:

- in via cautelare, sospendere, previa adozione delle opportune misure cautelari monocratiche, gli atti di gara al fine impedire la stipula del contratto nelle more della definizione del merito;

- nel merito:

1) in via principale, accogliere il primo motivo di ricorso e, per l'effetto: a) annullare l'aggiudicazione disposta a favore del R.T.I. \_\_\_\_; b) condannare la stazione appaltante al rilascio dell'aggiudicazione a favore di \_\_\_\_, previa dichiarazione di inefficacia del contratto, ove nelle more stipulato;

2) in via subordinata, accogliere il secondo motivo di ricorso e, per l'effetto, annullare l'intera gara, con dichiarazione di inefficacia del contratto, ove nel frattempo stipulato.

Con vittoria delle spese.

Ai fini del contributo unificato si dichiara che il valore della presente controversia supera 1.000.000 di Euro e, quindi, l'importo del contributo dovuto è pari a 6.000 Euro.

\_\_\_\_ (luogo), \_\_\_\_ (data)

Avv. \_\_\_\_\_

### **Procura alle liti**

I sottoscritti \_\_\_\_ nato a \_\_\_\_ il \_\_\_\_ e residente in \_\_\_\_\_ alla via \_\_\_\_ n. \_\_\_\_ (C.F.: \_\_\_\_), e \_\_\_\_ nato a \_\_\_\_ il \_\_\_\_ e residente in \_\_\_\_ alla via \_\_\_\_ n. \_\_\_\_ (C.F.: \_\_\_\_), rispettivamente in qualità di legali rappresentanti della società Sigma s.r.l. e della società Omega s.p.a., costituite in R.T.I. nell'ambito della gara indetta dal Comune di Alfa per la realizzazione di una centrale di riscaldamento alimentata a biomasse delegano l'Avv. \_\_\_\_ del Foro di \_\_\_\_ (C.F. \_\_\_\_) a rappresentarli e difenderli in ogni stato e grado del giudizio relativo all'impugnazione degli atti della medesima gara

A tal fine conferiscono ogni più ampia facoltà di legge, ivi compresa, a titolo esemplificativo, quella di proporre motivi aggiunti, domanda risarcitoria, domanda di inefficacia del contratto, domanda di conseguimento dell'aggiudicazione, nonché quella di rinunciare al ricorso e di transigere.

Eleggono domicilio in \_\_\_\_ via \_\_\_\_ n. \_\_, presso e nello studio del suddetto avvocato.

Dichiarano, ai sensi e per gli effetti del d.lgs. n. 196/2003 e s.m.i., di essere stati informati che i loro dati personali, anche sensibili, verranno utilizzati in conformità al predetto decreto e limitatamente alle finalità connesse all'esecuzione del mandato, autorizzando sin d'ora il loro trattamento.

Dichiarano, infine, di essere stati edotti circa il grado di complessità dell'incarico che con la presente conferiscono e circa tutti gli oneri ipotizzabili dal momento del suo conferimento sino alla conclusione.

Luogo \_\_\_\_ data \_\_\_\_

Sig.ri \_\_\_\_\_ (firma)

È vera e autentica

Avv. \_\_\_\_\_ (firma)



