

L'aggiudicataria deve essere avvisata del pre-ricorso interno (TAR Sent. N.00196/2012)

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti pubblici

Violazione e falsa applicazione dell'art. 243 bis del codice appalti

Con il primo motivo di gravame parte ricorrente lamenta di non essere stata resa partecipe della presentazione di un reclamo, per di più tardivo, avverso l'aggiudicazione disposta in suo favore.

Avverso il verbale di aggiudicazione, pubblicato ai sensi dell'art. 21 bis della l. 11.2.1994 n. 109, come aggiunto dall'art. 18 della l.r. 2.8.2002, n. 7 - in virtù del quale, nella Regione Sicilia, l'aggiudicazione definitiva dell'appalto consegue all'adozione e pubblicazione del relativo verbale, che diviene definitivo se non vengono proposti rilievi o contestazioni nei sette giorni successivi a quello di espletamento della gara - con il quale era stata disposta l'aggiudicazione dell'appalto in favore della Di Ricorrente s.r.l. (verbale del 13-20 giugno 2011), il Consorzio Controinteressata ha presentato reclamo in data 29 giugno 2011.

La doglianza è fondata.

Ad avviso del collegio, a prescindere dalla controversa questione della tardività del reclamo (e quindi della definitività o meno dell'aggiudicazione), la presentazione di esso avverso l'aggiudicazione costituisce circostanza sulla quale necessariamente il RUP avrebbe dovuto sollecitare il contraddittorio procedimentale, avvertendone l'aggiudicataria, per consentire a quest'ultima di contestare il contenuto del reclamo.

Il contraddittorio procedimentale risponde alla ratio di ridurre il contenzioso giurisdizionale, anticipando il confronto e la composizione dei diversi interessi coinvolti nell'azione amministrativa al momento in cui i provvedimenti conclusivi del procedimento non sono ancora stati emanati e si stanno svolgendo le fasi istruttoria e pre-decisoria.

Né può in contrario invocarsi l'esigenza di velocizzare le procedure di selezione di evidenza pubblica, atteso che molto più gravi perdite di tempo comporta il contenzioso giurisdizionale che un'adeguata partecipazione al procedimento potrebbe evitare.

Passaggio tratto dalla sentenza numero numero 196 del 26 gennaio 2012 pronunciata dal Tar Sicilia, Catania

È infine fondato l'ultimo motivo di ricorso, col quale parte ricorrente ha dedotto la violazione dell'art. 243 bis del d. lgs. n. 163/2006, lamentando che il RUP, ricevuto il preavviso di ricorso di cui alla predetta norma (comma primo), si è limitato a respingerlo senza esplicitare le ragioni di tale provvedimento negativo.

L'equiparazione tra il rigetto immotivato del preavviso di ricorso e il comportamento inerte mantenuto dall'amministrazione, adombrata da parte ricorrente, coglie, ad avviso del collegio, nel segno. Il tenore del comma quarto del citato art. 243 bis ("La stazione appaltante, entro quindici giorni dalla comunicazione di cui al comma 1, comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. L'inerzia equivale a diniego di autotutela") conferma che ciò che si richiede all'amministrazione - ai fini deflattivi de contenzioso giurisdizionale cui è evidentemente ispirata la disposizione - non è soltanto una determinazione di segno positivo o negativo, quanto una determinazione "in ordine ai motivi indicati dall'interessato", sui quali, quindi, occorre che l'ente esprima una ragionata valutazione di fondatezza o infondatezza.

Nel caso di specie, il RUP non ha fornito una risposta ad hoc alle articolate deduzioni inoltrate dal legale dell'impresa Di Ricorrente, limitandosi a richiamare sinteticamente, nel verbale di riapertura della gara del giorno 11.7.2011, i contenuti del documento in questione, sui quali le determinazioni assunte consistono esclusivamente nella seguente proposizione: "Il RUP, esaminati i contenuti dell'informativa, ritiene di non condividerli e di mantenere l'esclusione dalla gara dell'impresa".

In conclusione, anche il motivo di ricorso in esame va accolto.

Ecco la norma

Art. 243-bis. Informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale

(art. 44, comma 3, lettere b) e d), legge n. 88/2009; art. 1, paragrafo 4, direttiva 89/665/CEE e art. 1, paragrafo 4, direttiva 92/13/CEE come modificati dalla direttiva 2007/66/CE)

(articolo introdotto dall'art. 6 del d.lgs. n. 53 del 2010)

1. Nelle materie di cui all'articolo 244, comma 1, i soggetti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale informano le stazioni appaltanti della presunta violazione e della intenzione di proporre un ricorso giurisdizionale.

2. L'informazione di cui al comma 1 è fatta mediante comunicazione scritta e sottoscritta dall'interessato, o da un suo rappresentante, che reca una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio, salva in ogni caso la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi o ulteriori. L'interessato può avvalersi dell'assistenza di un difensore. La comunicazione può essere presentata fino a quando l'interessato non abbia notificato un ricorso giurisdizionale. L'informazione è diretta al responsabile del procedimento. La comunicazione prevista dal presente comma può essere effettuata anche oralmente nel corso di una seduta pubblica della commissione di gara ed è inserita nel verbale della seduta e comunicata immediatamente al responsabile

del procedimento a cura della commissione di gara.

3. L'informativa di cui al presente articolo non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, fissato dall'articolo 11, comma 10, né il decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale.

4. La stazione appaltante, entro quindici giorni dalla comunicazione di cui al comma 1, comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. L'inerzia equivale a diniego di autotutela.

5. L'omissione della comunicazione di cui al comma 1 e l'inerzia della stazione appaltante costituiscono comportamenti valutabili, ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile.

6. Il diniego totale o parziale di autotutela, espresso o tacito, è impugnabile solo unitamente all'atto cui si riferisce, ovvero, se quest'ultimo è già stato impugnato, con motivi aggiunti.

(comma così sostituito dall'Allegato 4, articolo 3, comma 19, lettera b), d.lgs. n. 104 del 2010)

<https://www.diritto.it/l-aggiudicataria-deve-essere-avvisata-del-pre-ricorso-interno-tar-sent-n-001962012/>