

I Jolly in pillole

Il TAR Pescara si esprime sul principio del cosiddetto one shot puro

TAR Pescara, Sez. I, sent. del 1 marzo 2023, n. 107



<https://www.youtube.com/anzanisimona>

a cura di Simona Anzani



Il principio del cosiddetto **one shot c.d. puro**, in virtù del quale sarebbe **preclusa all'Amministrazione la reiterazione del provvedimento di rigetto a seguito dell'annullamento di un primo provvedimento**, introdotto nell'ordinamento solo per l'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990 come modificato dal d.l. n. 76 del 2020, è limitato ai **procedimenti avviati su istanza di parte e non comprende**, per espressa esclusione di legge, le **procedure in materia concorsuale**; e, comunque, **non sarebbe applicabile** quando i **nuovi motivi di esclusione non preesistevano al primo provvedimento impugnato** ma sono **scaturiti dalla successiva rinnovata istruttoria**.

<https://fidoneassociati.it/il-principio-del-one-shot-temperato-nella-giurisprudenza-amministrativa-piu-recente/>

<https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=47015>

<https://www.gazzettaamministrativa.it/servizicu/bancadatigari/viewnews/fe663a72b27bdc613873fbbb512f6f67>

<https://www.altalex.com/documents/news/2022/02/26/la-tutela-del-terzo-pregiudicato-dalla-consumazione-del-potere-nei-rapporti-multipolari>

Il fatto

Una S.r.l. presentava ricorso per ottenere :

- **L'ottemperanza di una sentenza passata in giudicato con cui il t.a.r.** annullava la sua esclusione da una procedura di gara indetta da un Comune per l'affidamento della concessione per la progettazione, costruzione, gestione e ristrutturazione di un cimitero. Motivo di esclusione era l'omessa menzione nella busta "A" (relativa alla documentazione amministrativa) dei professionisti che avrebbero dovuto svolgere servizi tecnici.
- **La declaratoria di nullità del verbale di gara** con cui veniva disposta l'esclusione della ricorrente previa sua ammissione a soccorso istruttorio.

Si esponeva che :

- con la **sentenza oggetto del giudizio di ottemperanza era stato annullato il provvedimento di esclusione impugnato** per violazione dell'**art. 83, comma 9, d.lgs. 50/16 per lacunosità del disciplinare di gara** e per la **lacunosità della lex specialis**, per mancanza di chiarezza nel declinare i requisiti minimi di partecipazione e per assenza dei moduli di dichiarazione sul possesso dei requisiti dei professionisti.
- nel recapitare i moduli sui requisiti tecnico-professionale, **si aggiungevano quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria**, di cui non vi era menzione né nel disciplinare né nell'ottemperanda sentenza.
- nell'inoltare la documentazione mancante **si allegava nota** nella quale veniva evidenziata **la contraddittorietà** tra le **richieste istruttorie ed il dictum della sentenza.**

Si costituiva la **stazione appaltante** (Comune) che chiedeva quindi **la declaratoria di inammissibilità ed in subordine per il rigetto del ricorso.**



Art. 10-bis. (Comunicazione dei motivi ostantivi all'accoglimento dell'istanza)

1. Nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostanto all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo sospende i termini di conclusione dei procedimenti, che ricominciano a decorrere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni o, in mancanza delle stesse, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostantivi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni. **In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostantivi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali.** Non possono essere adottati tra i motivi che ostanto all'accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione.



Art. 83, comma 9, d.lgs. 50 del 2016 (Soccorso istruttorio)

Le carenze di **qualsiasi elemento formale della domanda** possono essere sanate attraverso la procedura di **soccorso istruttorio** di cui al presente comma. In particolare, **in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85**, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, **la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara.** Costituiscono **irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.**

Le motivazioni in diritto del TAR Pescara

1. Presupposti per l'instaurazione del giudizio di ottemperanza

- Dalla pregressa sentenza di annullamento del primo provvedimento di esclusione **non emerge un vincolo talmente preciso e puntuale da vincolare in modo anticipato ed unidirezionale il successivo sviluppo dell'azione amministrativa.**
- Per effetto del **principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato** il T.a.r. adito si è pronunciato sui **solli profili di riconosciuta fondatezza del ricorso** nella parte relativa all'**omessa attivazione del soccorso istruttorio su profili della lex specialis** riscontrati all'evidenza **come lacunosi e carenti**, ordinando alla stazione appaltante di **ammettere la società istante al soccorso istruttorio previa integrazione nella disciplinare di gara** dei **moduli risultati mancanti** per la comprova dei requisiti dei professionisti.
- Dall'accoglimento del ricorso è conseguita la **regressione del procedimento ad uno stadio istruttorio** in cui **non era ancora conclusa la fase della definitiva ammissione dell'impresa alla gara**; per cui **non può ritenersi che l'attività posta in essere dall'amministrazione in esecuzione del giudicato sarebbe affetta da nullità per violazione ed elusione del *dictum* giudiziale**, dal momento che **"solo per un numero infinito di volte" dopo ogni annullamento giurisdizionale è impedito all'amministrazione pubblica di esprimersi in modo analogo su una medesima questione.**

2. Principio del one shot puro

- Il principio del **cosiddetto one shot c.d. puro**, in virtù del quale **sarebbe preclusa all'Amministrazione la reiterazione del provvedimento di rigetto a seguito dell'annullamento di un primo provvedimento**, è stato di recente introdotto nell'ordinamento **solo per l'art. 10 bis della legge n.241/1990** come modificato dal **d.l. 76/2020** per cui **in caso di annullamento giurisdizionale l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria.**
- L'ambito applicativo di tale istituto tuttavia è **limitato ai procedimenti avviati su istanza di parte e non comprende**, per espressa esclusione di legge, **le procedure in materia concorsuale.**
- Con l'espressione procedure in materia concorsuale il legislatore ha inteso fare riferimento a **tutte le procedure - quale quella inerente all'affidamento di un pubblico appalto -caratterizzate da una pluralità di istanze e da un concorso delle stesse ai fini del conseguimento della utilità perseguita.**

2. Principio del one shot temperato

- Nella materia trova applicazione il **differente principio del c.d. one shot temperato**, che “consente all’Amministrazione pubblica che abbia **subito l’annullamento di un proprio atto, di rinnovarlo una sola volta e, quindi, di riesaminare l’affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni che ritenga rilevanti, senza potere in seguito tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati**” (CGA, sent. 597 del 18.05.2022, ma anche Cons. St., sez. II, sent. n. 2378 del 14.04.2020; Cons. St. n. 3480 del 4.05.22).
- In sostanza il **giudicato di annullamento non preclude in sede di remand all’amministrazione il potere di riesaminare funditus la questione**, configurandosi un **siffatto effetto preclusivo solo per l’avvenire, ossia per un terza e per le volte successive**, onde evitare la **reiterazione di decisioni negative a cascata** sulla base di **ragioni ostative che potevano essere opposte sin dal primo riesame**.
- Si attribuiscono quindi all’Amministrazione **due chances decisionali**, all’esito delle quali essa esaurisce il proprio potere di rinnovazione, alla condizione che i giudicati annullatori (**quello afferente all’atto iniziale e quello afferente all’atto successivo**) non riguardino vizi meramente procedurali, bensì il merito della vicenda (così Cons. St. 29.01.2015 n.439).
- La ratio sottesa a tale principio è nel trovare un “**punto di equilibrio tra due opposte esigenze, quali la garanzia di inesauribilità del potere di amministrazione attiva e la portata cogente del giudicato di annullamento con i suoi effetti conformativi**”.

2. Principio del one shot temperato

- L'esigenza di garantire il principio di tendenziale **inesauribilità del potere amministrativo** viene ad essere **compensata dalla necessità di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale del privato** che non può trovarsi artatamente costretto a proporre una pluralità di ricorsi successivi avverso un'attività ripetitivamente reiterativa di provvedimenti negativi su ragioni non contestate tempestivamente.
- **Pertanto in seguito all'annullamento giurisdizionale è dovere della pubblica amministrazione riesaminare una seconda volta l'affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni rilevanti, con definitiva determinazione.**
- In tal caso, **l'attività amministrativa coperta dal giudicato deve uniformarsi alle regole giudiziali, con competenza del giudice dell'ottemperanza;** quella lasciata libera deve uniformarsi, in ossequio al principio di legalità, **alle regole di diritto di disciplina dell'attività stessa, con competenza del giudice della cognizione.**
Si realizza, dunque, una **concorrenza di regole legali e giudiziali ed una possibile concorrenza di processi.**

La decisione del TAR Pescara

Decisione

- Da quanto esposto consegue che, **nella specie**, avendo l'amministrazione reiterato il provvedimento di esclusione sulla **base di motivi nuovi e diversi da quelli opposti originariamente, i motivi di legittimità posti a base del presente gravame sono suscettibili di sindacato in sede di impugnazione con rito ordinario** ed esulano dal giudizio di ottemperanza.
- Stante la **conversione del presente giudizio di ottemperanza in rito ordinario**, ritiene il Collegio che sia **fondata e meriti accoglimento l'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività**.
- Il **provvedimento di esclusione oggetto è stato adottato dal Seggio di gara presieduto dal R.u.p.** nella seduta del **13 aprile 2022**, come da relativo verbale allegato in atti, e la **stazione appaltante con atto inoltrato via pec del 26.04.2022** ha comunicato alla ricorrente il **provvedimento di esclusione** facendo presente che sulla piattaforma tuttogare, alla sezione allegati, era stato pubblicato il verbale di gara relativo al soccorso istruttorio.
- Sotto il profilo della **definitività dell'atto impugnato**, ai fini della **decorrenza del termine di impugnazione**, va rilevato che ai sensi del punto 9.1. del disciplinare **la competenza alla verifica della documentazione amministrativa è rimessa al Seggio di gara** che vi provvede prima della eventuale esclusione. Al riguardo, fermo restando che **il disciplinare**, nel riferirsi alle esclusioni, **si limita a fare un generico richiamo alla stazione appaltante**, occorre tener conto che, **secondo il punto 5.2 delle Linee Guida Anac n. 3**

Decisione

- Il controllo della documentazione amministrativa è svolto dal Rup, da un **seggio di gara istituito ad hoc** oppure, se presente nell'organico della stazione appaltante, **da un apposito ufficio/servizio a ciò deputato**, sulla base delle disposizioni organizzative proprie della stazione appaltante. In ogni caso **il Rup esercita una funzione di coordinamento e controllo**, finalizzata ad assicurare il corretto svolgimento delle procedure e adotta le decisioni conseguenti alle valutazioni
- Tanto premesso, nella specie, **la circostanza che il Seggio di gara che ha proceduto in sede di soccorso istruttorio alla verifica della documentazione amministrativa** sia stato comunque **presieduto** dal soggetto individuato quale **Rup**, consente quindi di ricondurre **la determinazione escludente al verbale oggetto di gravame escludendone la natura endoprocedimentale** e la necessità di sua **formalizzazione nel contesto di un provvedimento formale** in quanto non rimesso alla competenza di un **soggetto terzo rispetto allo stesso Seggio di gara**.
- Da tanto consegue pertanto **l'irricevibilità del ricorso in quanto notificato solo in data 9.06.2022** ossia quando era **inutilmente decorso il termine** dimidiato di trenta giorni di cui agli artt. 41 comma 2 e 119 comma 2 c.p.a **dalla data del 26 .04.2022 di inoltrare la pec contenente il provvedimento di esclusione**.
- Va quindi dichiarata **l'irricevibilità del ricorso** con compensazione delle spese di rito in ragione della complessità delle questioni trattate.

Decisione

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, **lo dichiara irricevibile**.



Keywords

1. giudizio di ottemperanza
2. giudizio di cognizione
3. sentenza passata in giudicato
4. procedura di gara
5. affidamento
6. motivo di esclusione
7. offerta
8. documentazione amministrativa-documentazione tecnica-offerta economica
9. soccorso istruttorio
10. lex specialis
11. disciplinare di gara
12. preavviso di rigetto
13. one shot



Sentenza per esteso



<https://www.ildirittoamministrativo.it/II-TAR-Pescarasi-esprime-sul-principio-del-cosiddetto-one-shot-puro/ult3265>

“Grazie per l’attenzione

Mi trovi anche su ...”

<https://community.omniavis.it/>

<https://www.youtube.com/channel/UCkXXWPcvX97TrIb-1bORtLA>

<https://www.facebook.com/groups/rassegnagiuridica>

Simona Anzani

