

Pubblicato il 03/10/2016

N. 01415/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00912/2016 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 912 del 2016, proposto da:

Cooperativa Sociale La Salute Soc. Coop. Soc., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dall'avvocato Nicoletta Felli C.F. FLLNLT63E57D612H, con domicilio
eletto presso il suo studio in Firenze, via delle Mantellate 8;

contro

Comune di Altopascio in persona del Sindaco p.t., non costituito in giudizio;

nei confronti di

Cooperativa Sociale Insieme, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli
avvocati Luca Mirco C.F. MRCLCU66H07L113U, Jacopo Fanelli C.F. FNLJCP82A13D575V, con
domicilio eletto presso Luca Mirco in Firenze, via B. Lupi 20;

per l'annullamento

del provvedimento di ammissione della Cooperativa Sociale Insieme alla "Procedura aperta per
l'affidamento del servizio di gestione del Centro Diurno Anziani comunale L'Aquilone" del Comune
di Altopascio, reso dalla Commissione di gara nella seduta del 18.05.2016 e risultante dal verbale
della seduta medesima (impugnato in parte qua), nonché di ogni altro atto presupposto, connesso
e/o conseguente ed in particolare del verbale della seduta dalla Commissione di gara del 18.04.2016
e della nota a firma del Presidente della commissione di gara del 26.04.2016.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cooperativa Sociale Insieme;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 settembre 2016 il dott. Bernardo Massari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Premesso che:

- la società ricorrente ha impugnato il verbale recante l'ammissione della Cooperativa Sociale Insieme alla gara indetta dal Comune di Altopascio per l'affidamento del servizio di gestione del "Centro Diurno Anziani comunale L'Aquilone" deducendo l'insussistenza in capo alla medesima dei requisiti tecnici necessari per la partecipazione;

- a tal fine la ricorrente ha attivato il rito speciale disciplinato dall'art. 120, co. 2 bis, c.p.a., introdotto dall'art. 204 del d.lgs. n. 50/2016 secondo cui *"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..."*;

- nell'odierna camera di consiglio, in assenza di eccezioni della controinteressata, il Collegio ha prospettato alle parti la questione dell'inammissibilità del gravame per carenza di interesse in relazione alla possibile non immediata applicabilità della disposizione sopra richiamata;

- infatti, secondo il pacifico orientamento della giurisprudenza il concorrente, mentre ha interesse a dolersi della propria esclusione dalla gara ovvero di clausole impeditive della partecipazione, non è titolare di un'analogia posizione nel caso intenda contestare l'ammissione di altro partecipante dal momento che tale atto, di natura endoprocedimentale, non possiede un'autonoma lesività (T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III 4 gennaio 2016 n. 10; Cons. Stato, sez. VI, 11 marzo 2015 n. 1261; T.A.R. Toscana, sez. I, 27 ottobre 2011, n. 1596);

considerato che:

- la questione dell'immediata applicabilità dell'art. 120, co. 2 bis, c.p.a. va riguardata alla luce di quanto stabilito dall'art. 216, co. 1, del d.lgs. n. 50/2016 (disposizioni transitorie e di coordinamento) il quale dispone che *"Fatto salvo quanto previsto nel presente articolo ovvero nelle singole disposizioni di cui al presente codice, lo stesso si applica alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte"*.

- il Collegio non ignora la recente pronuncia di altro T.A.R. secondo cui non è controvertibile, che la norma in questione trovi applicazione al giudizio pendente, trattandosi di disposizione processuale immediatamente operante entrata in vigore anteriormente alla proposizione del ricorso (T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 23 luglio 2016, n. 829), ma ritiene tali conclusioni non persuasive;

osservato che:

- in senso negativo all'immediata applicabilità del nuovo rito definito come "*processo anticipato e in prevenzione*", nonostante la natura processuale della norma, ostano argomentazioni di natura letterale e sistematica;

- quanto alle prime, la mera lettura dell'art. 216 del Codice dei contratti pubblici che non contiene alcuna eccezione riferibile all'art. 204, induce a ritenere che non vi siano deroghe al criterio generale che stabilisce l'entrata in vigore del nuovo rito rendendolo applicabile solo alle "*procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore*";

- quanto alle seconde, pare evidente, dal testuale riferimento contenuto ad altre disposizioni del Codice, segnatamente l'art. 29, co. 1, l'impossibilità di dare immediata applicazione al nuovo rito in prevenzione;

- la norma da ultimo citata stabilisce, infatti, che "*al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, [sul profilo del committente, nella sezione Amministrazione trasparente], 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.*", ed è da tale pubblicazione che decorre il termine per l'impugnazione dei provvedimenti di esclusione e ammissione (non a caso contestato dalla controinteressata);

- d'altro canto, in condivisione con la quasi totalità della dottrina, il nuovo e speciale sottosistema processuale, "*qualificabile come anticipato, preliminare, immediato, autonomo, decadenziale, finalizzato comunque alla rapida costituzione di certezze giuridiche poi incontestabili sui protagonisti della gara*" è certamente legato al riassetto complessivo del sistema della contrattualistica pubblica i cui profili sostanziali sono indefettibilmente legati a quelli processuali contestualmente introdotti;

ritenuto, pertanto, stante l'inapplicabilità del rito disciplinato dall'art. 120, co 2 bis, che il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per carenza di immediata lesività dell'atto impugnato e che le spese del giudizio possono essere compensate in ragione della novità delle questioni trattate;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 21 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere, Estensore

Gianluca Bellucci, Consigliere

L'ESTENSORE
Bernardo Massari

IL PRESIDENTE
Armando Pozzi

IL SEGRETARIO