

Pubblicato il 26/02/2018

N. 00262/2018 REG.PROV.COLL.

N. 01241/2017 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1241 del 2017, proposto da:

Prati Armati s.r.l, rappresentata e difesa dagli avv.ti Guido Reggiani, Giuseppe Velluto, Teodora Marocco, Gaetano Alfarano, Emilio Ciccarino, con domicilio eletto presso il loro studio in Torino, corso Vittorio Emanuele II, 83;

contro

Associazione Irrigazione Ovest Sesia, rappresentata e difesa dagli avv.ti Emanuela Barison e Giorgio Malinverni, con domicilio eletto presso la prima in Torino, corso Inghilterra, 41;

nei confronti di

Puricelli Ambiente Verde s.r.l., Bertini s.r.l., non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

a) del provvedimento di annullamento in autotutela della gara d'appalto per la "Realizzazione di impianto spondale erboso antierosivo e di interventi di mitigazione ambientale Trino - Nuovo Canale Scolmatore (Prog. 304A/Bis)" comunicato alla ricorrente con nota del 16 novembre 2017;

b) del verbale di avvio e del verbale di conclusione del procedimento di annullamento in autotutela della procedura di gara del 3 novembre 2017, nonché del relativo parere legale del 21 settembre 2017;

c) per quanto occorra, dell'ordinanza n. 24 del 7 novembre 2017, mai comunicata, di cui viene fatta menzione nell'avviso di annullamento della gara;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 febbraio 2018 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Verificata l'integrità del contraddittorio ed avvisate le parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Associazione di Irrigazione Ovest Sesia ha indetto una procedura negoziata per l'appalto dei lavori di realizzazione dell'impianto spondale erboso antierosivo presso il canale scolmatore di Trino, di importo complessivo pari ad euro 483.589,50 (comprensivi di oneri della sicurezza), da aggiudicarsi al massimo ribasso.

Dei venti operatori economici qualificati per la categoria OG13 ed invitati alla gara, hanno presentato offerta tre imprese: la Puricelli Ambiente Verde s.r.l., la Bertini s.r.l. e la Prati Armati s.r.l., odierna ricorrente.

Nella lettera d'invito del 31 luglio 2017, per quanto qui interessa, sono stati richiesti quali requisiti di partecipazione, oltre al possesso dell'attestazione SOA per la categoria OG13:

- una dichiarazione che tutte le sementi per il rivestimento antierosivo e le piantumazioni arbustive appartengano all'elenco "autorizzato dall'Ente Parco fluviale del PO Vercellese-Alessandrino in quanto autoctone e non infestanti";
- una certificazione di enti accreditati quali laboratori certificati che comprovi "valori della resistenza radicale dell'impianto antierosivo non inferiori a quelli previsti in progetto".

Durante la seduta di gara del 31 agosto 2017, la commissione ha accertato che le concorrenti Puricelli Ambiente Verde s.r.l. e Bertini s.r.l. non hanno allegato all'offerta le dichiarazioni e certificazioni supplementari, prescritte dal paragrafo 4 della lettera d'invito. Entrambe le concorrenti sono state ammesse con riserva. Aperte le buste contenenti le offerte economiche, prima classificata è risultata la Puricelli Ambiente Verde s.r.l., seconda classificata la Bertini s.r.l., terza classificata la società ricorrente. La commissione ha concluso la seduta con la proposta di aggiudicazione alla Puricelli Ambiente Verde s.r.l., riservandosi tuttavia di approfondire i profili controversi della lex specialis di gara.

Il responsabile del procedimento ha verificato, in primo luogo, che non esiste alcun elenco di sementi non infestanti approvato dall'Ente Parco.

Inoltre, la circostanza che soltanto tre operatori economici su venti abbiano presentato offerta è stata valutata quale conseguenza diretta della introduzione di requisiti di qualificazione aggiuntivi, rispetto alla attestazione SOA per opere di ingegneria naturalistica.

Dopo aver comunicato l'avvio del procedimento di autotutela ed aver acquisito le osservazioni delle tre imprese concorrenti, la stazione appaltante ha annullato tutti gli atti della procedura, senza pervenire all'aggiudicazione definitiva dei lavori.

La Prati Armati s.r.l. impugna il provvedimento di autotutela, deducendo motivi così riassumibili:

1) violazione degli artt. 3, 21-octies e 21-nonies della legge n. 241 del 1990, violazione degli artt. 68, 82 e 94 del d.lgs. n. 50 del 2016, violazione della lettera d'invito ed eccesso di potere sotto molteplici profili: la stazione appaltante avrebbe immotivatamente annullato la gara, ravvisando un vizio inesistente e confondendo i requisiti di qualificazione (l'attestazione SOA) con le specifiche tecniche attinenti all'esecuzione della prestazione (le sementi ed i valori di resistenza dell'erba impiantata);

2) in subordine, violazione degli artt. 21-octies e 21-nonies della legge n. 241 del 1990, violazione dell'art. 60 del d.P.R. n. 207 del 2010 ed eccesso di potere sotto molteplici profili: l'appalto in questione avrebbe ad oggetto prevalente la fornitura di specie erbacee, mentre i lavori assumerebbero un'incidenza secondaria, cosicché sarebbe legittima la previsione di requisiti di qualificazione ulteriori (rispetto all'attestazione SOA).

Si è costituita l'Associazione di Irrigazione Ovest Sesia, eccependo l'inammissibilità dell'impugnativa e chiedendone il rigetto nel merito.

Alla camera di consiglio del 14 febbraio 2018 fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, con l'accordo delle parti, la causa è passata in decisione.

DIRITTO

La difesa della stazione appaltante eccepisce l'inammissibilità del ricorso, in quanto: il ricorso è stato notificato in data 18 dicembre 2017; un rappresentante della Prati Armati s.r.l. era presente alla seduta di gara del 31 agosto 2017, nella quale sono state ammesse le altre due concorrenti Puricelli Ambiente Verde s.r.l. e Bertini s.r.l.; la ricorrente non ha impugnato la loro ammissione entro il termine sancito dall'art. 120, comma 2-bis, cod. proc. amm.; l'ammissione delle due concorrenti neppure è stata impugnata in seguito, insieme al provvedimento di annullamento in autotutela della gara; ne discende che la ricorrente non potrebbe trarre alcuna utilità dall'accoglimento dell'impugnativa, poiché la Puricelli Ambiente Verde s.r.l. e la Bertini s.r.l. hanno offerto un miglior ribasso, precedono la ricorrente in graduatoria e la loro ammissione alla gara sarebbe ormai divenuta inoppugnabile.

L'eccezione non può essere accolta.

L'Amministrazione non ha mai deliberato l'aggiudicazione definitiva dell'appalto. L'annullamento in autotutela della procedura di gara, infatti, è intervenuto subito dopo la mera proposta di aggiudicazione.

Il citato art. 120, comma 2-bis, cod. proc. amm. prevede che “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’articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici”.

Secondo l’interpretazione preferibile, conforme ai principi della Costituzione e del diritto comunitario, il termine per l’impugnazione dell’ammissione di altri concorrenti non può decorrere dalla data della seduta pubblica di gara, anche qualora risulti che il legale rappresentante della società ricorrente sia stato ivi presente, poiché l’art. 120, comma 2-bis, cod. proc. amm. prevede espressamente che il dies a quo per l’impugnativa anticipata delle esclusioni e delle ammissioni decorra dalla pubblicazione sul profilo della stazione appaltante, effettuata ai sensi dell’art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Il nuovo comma 2-bis dell’art. 120 è norma processuale di stretta interpretazione, derogatoria dei principi tradizionalmente affermati nel contenzioso sui pubblici appalti. Pertanto, in difetto del contestuale funzionamento del meccanismo di pubblicità degli atti di cui si impone l’immediata impugnazione, le relativa decadenza processuale non può operare, a causa della carenza del presupposto adempimento pubblicitario che garantisca la tempestiva informazione degli interessati circa l’identità delle imprese ammesse e la decorrenza del termine accelerato per l’impugnativa (così, tra molte: Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2016 n. 4994; TAR Puglia, Bari, sez. I, 7 dicembre 2016 n. 1367; TAR Lazio, sez. III quater, 22 agosto 2017 n. 9379; TAR Campania, Napoli, sez. V, 6 ottobre 2017 n. 4689).

In presenza di dubbi esegetici sull’applicabilità del più rigoroso regime decadenziale, gli stessi devono essere risolti preferendo l’opzione meno sfavorevole per l’esercizio del diritto di difesa e, quindi, maggiormente conforme ai principi costituzionali espressi dagli artt. 24, 111 e 113 Cost., nonché al principio di effettività della tutela giurisdizionale nel settore degli appalti pubblici secondo le direttive europee (si veda, in proposito, TAR Piemonte, sez. I, 17 gennaio 2018 n. 88, ove sono denunciati i profili di possibile incompatibilità del nuovo rito speciale con la direttiva 1989/665/CE e con l’art. 47 della Carta dei diritti UE).

Pertanto, una volta esclusa l’applicazione del nuovo rito accelerato di cui all’art. 120, comma 2-bis, cod. proc. amm., non vi è che da richiamare l’orientamento giurisprudenziale consolidato che ha sempre negato valore provvedimento autonomo all’atto di ammissione alla gara, consentendone l’impugnazione solo unitamente al provvedimento finale di aggiudicazione definitiva dell’appalto.

E ciò vale anche in presenza di quelle norme sostanziali e processuali di recente introduzione (l’art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016, l’art. 120 cod. proc. amm.), che pretendono di qualificare alla stregua di “provvedimento” l’ammissione alla gara dei concorrenti, a conclusione della fase di verifica della documentazione amministrativa e dei requisiti di partecipazione. Il legislatore, nella sua discrezionalità, può sì perseguire la maggiore celerità del procedimento di gara e prevedere più ristretti termini di impugnazione, sempre che siano rispettati i principi del giusto processo e dell’effettività della tutela. Ma il legislatore non può arbitrariamente alterare la natura delle cose. L’ammissione alla gara, come l’ammissione a qualsivoglia procedura concorsuale di evidenza pubblica, conserva il carattere di atto endoprocedimentale, che non attribuisce alcuna immediata utilità ai concorrenti ammessi e non arreca alcun pregiudizio immediato agli altri concorrenti.

L’onere di immediata impugnazione delle ammissioni altrui previsto dall’art. 120 cod. proc. amm., anche qualora il nuovo rito speciale superi il vaglio di legittimità comunitaria e costituzionale, non vale a conferire natura provvedimento all’atto di ammissione.

Ne consegue che, in assenza dell'adempimento pubblicitario prescritto dall'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016, nessun onere di impugnazione sorge in capo ai concorrenti fino al momento dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto, allorquando l'interesse ad estromettere (in via principale o incidentale) altri concorrenti può invece assumere consistenza reale, in vista del conseguimento dell'utilità correlata all'aggiudicazione del contratto.

Nella fattispecie controversa, non avendo la stazione appaltante eseguito la rituale pubblicazione dell'elenco dell'impresa ammesse e non essendo intervenuto il provvedimento di aggiudicazione definitiva, la società ricorrente non era tenuta ad impugnare l'ammissione della Puricelli Ambiente Verde s.r.l. e della Bertini s.r.l. alla procedura negoziata.

Nel merito, il ricorso è infondato.

L'Associazione ha deciso l'annullamento in autotutela dopo aver constatato che "sono state riscontrate incongruenze nella lettera di invito pregiudizievoli alla possibilità, per alcuni operatori invitati, di partecipare alla procedura di gara".

In particolare, il paragrafo 4 della lettera d'invito aveva previsto tra i requisiti di partecipazione, oltre al possesso dell'attestazione SOA per la categoria OG13, una dichiarazione che tutte le sementi per il rivestimento antierosivo e le piantumazioni arbustive appartenessero all'elenco "autorizzato dall'Ente Parco fluviale del PO Vercellese-Alessandrino in quanto autoctone e non infestanti" ed una certificazione di enti accreditati che comprovasse "valori della resistenza radicale dell'impianto antierosivo non inferiori a quelli previsti in progetto".

Da un lato, è emersa l'inesistenza dell'elenco di sementi autorizzate dall'Ente Parco.

Dall'altro, l'Amministrazione si è avveduta che la richiesta di certificazioni aggiuntive rispetto all'attestazione SOA è illegittima, per violazione delle regole sul sistema unico di qualificazione negli appalti di lavori pubblici per importi pari o superiori ai 150.000 euro, dove l'attestazione SOA è condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria. In questi termini, come è noto, dispongono gli artt. 60-ss. del d.P.R. n. 207 del 2010 e, da ultimo, l'art. 84, primo comma, del d.lgs. n. 50 del 2016.

I requisiti di aggiuntivi qualificazione, indebitamente richiesti nella lettera d'invito, hanno fatto desistere molti operatori economici dalla presentazione dell'offerta, secondo la motivata valutazione dell'Amministrazione. Su venti operatori invitati, soltanto tre hanno presentato un'offerta.

Il progettista, interpellato al riguardo, ha dichiarato che "la certificazione preventiva richiesta nel bando, qualora posseduta, mette al riparo solo per quanto riguarda l'origine genetica del miscuglio, ma non garantisce l'Amministrazione appaltante per tutti gli altri aspetti realizzativi che potrebbero, se mal condotti, portare a risultati comunque negativi. Ottime sementi mal conservate o non seminate con la necessaria accortezza o non seguite con la necessaria professionalità nella delicata fase dell'attecchimento non necessariamente sono garanzia di un sufficiente risultato finale. In considerazione di quanto sopra si è dell'avviso che la preventiva richiesta delle certificazioni di laboratorio sulle caratteristiche meccaniche e geometriche degli apparati radicali, inserita quale requisito di partecipazione alla gara, non costituisce un elemento esaustivamente utile all'Amministrazione appaltante per l'obiettivo di qualità finale che si pone e che, comunque, la verifica dei requisiti prestazionali del manto erboso debba essere interamente rinviata alla fase di collaudo finale due anni dopo la conclusione dei lavori" (doc. 16).

Né può dubitarsi che l'appalto di che trattasi ha ad oggetto un lavoro, sebbene venga richiesto l'impiego di taluni prodotti seminativi essenziali.

L'appaltatore avrebbe dovuto provvedere alla "realizzazione di un manto erboso antierosivo mediante idrosemina con mezzi meccanici, nonché a realizzare opere di mitigazione ambientale mediante realizzazione di un impianto arboreo ed arbustivo per la creazione di un corridoio ecologico di connessione fra l'area golenale Ghiaia grande e le aree umide a monte del sito d'intervento". Il costo della manodopera, così come individuato all'art. 2.5. del capitolato, incide per il 30,% (doc. 17).

In conclusione, la decisione dell'Amministrazione di annullare tutti gli atti della procedura negoziata, a causa dell'illegittima previsione di requisiti di partecipazione ulteriori rispetto all'attestazione SOA per la categoria OG13, resta immune dalle censure dedotte dalla società ricorrente.

Il ricorso perciò è respinto.

Le spese processuali sono compensate, attesa la novità e complessità della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 14 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Testori, Presidente

Savio Picone, Consigliere, Estensore

Paola Malanetto, Consigliere

L'ESTENSORE
Savio Picone

IL PRESIDENTE
Carlo Testori

IL SEGRETARIO