

Pubblicato il 02/02/2017

N. 00696/2017 REG.PROV.COLL.

N. 05143/2016 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5143 del 2016, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Quadrifoglio 2012 Società Cooperativa Sociale Onlus, in proprio e quale mandataria
dell'ATI costituita con la Crescere Insieme Piccola Soc. Coop. a r.l., in persona del
legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Tozzi
C.F. TZZZLCU73A25F839A, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via
Toledo, n. 323;

contro

Comune di Morcone, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avvocato Roberto Prozzo C.F. PRZRRT62T18F839E,
con domicilio eletto presso Michela La Bella in Napoli, viale Maria Cristina di
Savoia, n. 18;

nei confronti di

Ambito B05 non costituito in giudizio;

La Bussola Società Cooperativa Sociale., Giada Onlus Società Cooperativa Sociale per Azioni, Pandora Società Cooperativa Sociale, in proprio e quali componenti dell'ATI formata dalle medesime imprese, in persona dei loro legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dall'avvocato Giuliano Di Pardo C.F. DPRGLN68B11F839V, domiciliate in Napoli, presso la Segreteria del Tar Campania, in p.zza Municipio, 64;

per l'annullamento, previa adozione di misura cautelare

- per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della determinazione n. 202 del 26.10.2016 del Comune di Morcone, recante l'aggiudicazione definitiva della procedura per cui è causa all'ATI cooperativa sociale La Bussola scarl; della nota prot. n. U0013203/2016 del 27.10.2016 con la quale è stata comunicata alla ricorrente l'avvenuta aggiudicazione all'ATI La Bussola s.c.a.r.l.; di tutti i verbali di gara, nonché di ogni altro atto connesso, conseguente o presupposto se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente;

- per quanto riguarda i motivi aggiunti:

degli stessi atti impugnati con il ricorso principale per ulteriori vizi a seguito di accesso agli atti.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Morcone e di La Bussola Società Cooperativa Sociale e di Giada Onlus Società Cooperativa Sociale per Azioni e di Pandora Società Cooperativa Sociale sia in proprio che quali componenti dell'ATI partecipante alla procedura di gara;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 gennaio 2017 il dott. Fabrizio D'Alessandri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1) In via preliminare, va rammentato che, in tema di contenzioso relativo alle procedure di affidamento di pubblici servizi, la sentenza è redatta «in forma semplificata», potendo, quindi, consistere «in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo» (artt. 120 co. 6 e 74 c.p.a.).

2) In punto di fatto, la ricorrente società Il Quadrifoglio 2012 soc. coop. ha partecipato, quale capogruppo di un'ATI costituita con la Crescere Insieme Piccola Soc. Coop. a r.l., alla procedura aperta per l'affidamento dei servizi “Micro Nido di Colle Sannita, Fragneto l'Abate e Morcone”, indetta dal Comune di Morcone, quale ente capofila nell'Ambito Territoriale B05, con la determina n. 133 del 28.7.2016.

L'oggetto dell'appalto riguardava i servizi integrativi al Micro Nido volti a garantire un servizio educativo per bambini di età compresa tra zero e tre anni, nonché ad assicurare agli stessi idonea accoglienza, apprestando le opportune garanzie per le esigenze primarie degli infanti e le necessarie cure per favorirne la socializzazione, l'educazione e l'acquisizione dell'autonomia.

Si è trattato di una procedura aperta ai sensi del D.lgs. 50/2016, con un importo a base di gara, esclusa IVA, di € 242.106,66, e con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto tra qualità e prezzo ex art. 95 del codice degli appalti.

All'esito delle operazioni di gara, la stazione appaltante, con la determina n. 202 del 26.10.2016, ha provveduto all'aggiudicazione del servizio all'ATI avente come capogruppo mandataria la Cooperativa sociale La Bussola scarl, avendo la stessa riportato il punteggio più alto pari a 75,50.

L'ATI avente come mandataria la Quadrifoglio 2012 Società Cooperativa Sociale Onlus è risultata seconda classificata con un punteggio pari a 67,00.

Con ricorso notificato il 24.11.2016, quest'ultima ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione del servizio (comunicato con la nota prot. n.3U0013203/2016 del 27.10.2016), specificando, peraltro, di aver proposto ricorso anche al fine di non fare acquiescenza nei termini di legge, in quanto il Comune di Morcone aveva consentito la sola presa visione e non anche l'estrazione di copia degli atti di gara e dell'offerta della controinteressata.

Ha formulato i seguenti motivi di ricorso:

1 - Violazione e falsa applicazione di legge (art. 48, co. 8, del D.Lgs. 50/2016) – Violazione della lex specialis di gara – Sulla mancata sottoscrizione dell'offerta economica da parte delle società facenti parte dell'ATI controinteressata;

2 – Violazione e falsa applicazione di legge (art. 48 del D.Lgs. 50/2016). Sulla mancata specificazione delle quote di servizio da parte della ATI controinteressata;

3 – Violazione e falsa applicazione di legge (art. 275 del D.P.R. 207/2010) – Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara (art. 14.6 del bando di gara). Sul mancato possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria della ATI La Bussola ed in particolare della società mandataria La Bussola;

4 - Violazione e falsa applicazione di legge (allegato XVII del D.Lgs. 50/2016) - Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara (art. 14.3 del bando di gara). Eccesso di potere per carenza dei presupposti – Illogicità manifesta;

4.1 - Mancata dichiarazione da parte della società La Bussola in ordine al possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria;

5 – Violazione e falsa applicazione di legge (art. 80 del D.lgs. 50/2016 – D.P.R. 445/2000) – Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara (artt. 8 e 18 del bando di gara). Sulla inidoneità della dichiarazione presentata dalla società La Bussola in riferimento all'art. 80 del D.Lgs. 50/2016;

5.1 - Violazione dell'art. 8 del bando di gara. Ulteriori profili. Mancata dichiarazione ex art. 80 d. lgs. 50/2016 da parte della società ausiliaria "Il Sorriso dei Bimbi".

La parte ricorrente ha successivamente impugnato, con ricorso per motivi aggiunti notificato il 26.11.2016, i medesimi atti già impugnati con il ricorso introduttivo, formulando altre censure, inerenti ad ulteriori supposti profili di illegittimità di cui asserisce di essere potuta venire a conoscenza a seguito di intervenuto accesso, con estrazione di copia, agli atti di gara e all'offerta amministrativa tecnica ed economica della ditta aggiudicataria.

In particolare, con i motivi aggiunti venivano formulate le seguenti ulteriori censure:

1 – Violazione e falsa applicazione di legge (art. 89 d.lgs. 50/2016, Art. 88 DPR 207/2010,

Art. 97 Cost.) – Difetto ovvero carenza di istruttoria – Illogicità ovvero irragionevolezza manifesta – Difetto di motivazione;

1.2 – Ancora sulla illegittimità ovvero nullità dei contratti di avvalimento prodotti dalla Coop. La Bussola e dalla Coop. Pandora;

2 – Violazione e falsa applicazione di legge (Art. 83 d.lgs. 50/2016) – Violazione e falsa applicazione della lex specialis (Art. 14.2 e 14.6 Bando/Disciplinare) – Difetto ovvero carenza di istruttoria – Illogicità ovvero irragionevolezza manifesta – Difetto di motivazione;

3 – Violazione e falsa applicazione di legge (Art. 45, 48 d.lgs. 50/2016, Art. 92 DPR 207/2010) – Violazione e falsa applicazione della lex specialis (Art. 14.6 Bando/Disciplinare) – Difetto ovvero carenza di istruttoria – Illogicità ovvero irragionevolezza manifesta – Difetto di motivazione;

3.1 - Illegittima suddivisione delle quote di esecuzione del servizio.

3) Si sono costituiti in giudizio, resistendo al ricorso principale e a quello per motivi aggiunti il Comune di Morcone e le controinteressate La Bussola Società Cooperativa Sociale., Giada Onlus Società Cooperativa Sociale per Azioni, Pandora

Società Cooperativa Sociale, sia in proprio che quali componenti dell'ATI aggiudicataria della procedura di gara.

Le parti resistenti hanno eccepito, tra l'altro, l'irricevibilità del ricorso introduttivo e, conseguentemente, di quello per motivi aggiunti, per mancata impugnazione dell'atto di ammissione dell'ATI aggiudicataria e, comunque, per tardività della proposizione del ricorso.

In particolare, l'ammissione dell'ATI aggiudicataria è stata disposta in data 8.9.2016, comunicata dalla stazione appaltante con PEC del 12.9.2016 e pubblicata all'albo pretorio in pari data, mentre il ricorso è stato formulato avverso l'aggiudicazione e notificato solo in data 24.11.2016.

In sostanza, viene dedotto in sede difensiva che non sarebbe stata rispettato il combinato disposto dell'art. 120, comma 2 bis e 5, c.p.a., nel testo risultante dalle modifiche introdotte dal D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che per gli appalti soggetti alla disciplina del nuovo codice prevede la necessità di impugnare in via immediata, entro 30 giorni, le esclusioni e le ammissioni alla procedura di gara.

4) I rilievi di irricevibilità del ricorso introduttivo e di quello per motivi aggiunti sono fondati.

In particolare, l'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. prevede l'impugnativa immediata dei provvedimenti che determinano le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa. Per queste ipotesi il comma 6 bis dell'art. 120 c.p.a. delinea un rito "superspeciale", che va celebrato in camera di consiglio entro 60 giorni dalla notifica del ricorso, rendendolo applicabile esclusivamente ai casi di censura dei provvedimenti di ammissione ed esclusione dalla gara in ragione del possesso (o mancato) dei requisiti di ordine generale e di qualificazione per essa previsti e non per l'impugnazione del successivo provvedimento di aggiudicazione della gara (T.A.R. Campania Napoli, Sez. VIII, 19 gennaio 2017, n. 434).

La previsione di un rito “superaccelerato” per l’impugnativa dei provvedimenti di esclusione ed ammissione è evidentemente volta, nella sua ratio legis, a consentire la pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione; ovverosia, in sostanza, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all’esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione (parere Consiglio di Stato 1 aprile 2016, n. 855/2016).

Al tempo stesso tale norma pone evidentemente un onere di immediata impugnativa dei provvedimenti in esame, a pena di decadenza, non consentendo di far valere successivamente i vizi inerenti agli atti non impugnati.

In sostanza, una volta che la parte interessata non ha impugnato l’ammissione o l’esclusione non potrà più far valere i profili inerenti all’illegittimità di tali determinazioni con l’impugnativa dei successivi atti della procedura di gara, quale, come nel caso di specie, il provvedimento di aggiudicazione.

Nel caso di specie la parte ricorrente non ha impugnato, né con il ricorso introduttivo, né con quello per motivi aggiunti, l’ammissione della ditta risultata aggiudicataria, limitandosi a gravare l’atto di aggiudicazione della gara.

Inoltre, il ricorso introduttivo, contenente censure inerenti alla supposta illegittimità dell’ammissione dell’ATI, è stato notificato una volta che era già spirato il termine di 30 giorni dalla comunicazione dell’avvenuta ammissione, con conseguente irricevibilità, in ogni caso, del ricorso.

Come già indicato, infatti, il provvedimento dell’8.9.2016 di ammissione dell’ATI risultata successivamente aggiudicataria è stato comunicato alla parte ricorrente con PEC del 12.9.2016, oltre che affisso all’Albo Pretorio del Comune in pari data ex art. 29 del D.Lgs. n. 50/2016.

Dall’irricevibilità del ricorso introduttivo deriva anche quella del ricorso per motivi aggiunti, considerato inoltre che nemmeno in questa sede è stato gravato il provvedimento di ammissione dell’ATI alla gara.

Peraltro, tutte le censure formulate con il ricorso introduttivo e con il ricorso per motivi aggiunti si riferiscono a profili inerenti alla mancata esclusione dell'ATI aggiudicataria, senza che sia dedotto alcun vizio che infici in via autonoma le fasi successive della procedura e il provvedimento finale di aggiudicazione.

Il profilo di irricevibilità si palesa quindi sotto un duplice ma concorrente aspetto, in quanto il ricorrente avrebbe dovuto gravare il provvedimento di ammissione, che al contrario non è stato impugnato, e il ricorso avrebbe dovuto essere in ogni caso notificato entro il termine decadenziale di trenta giorni dalla comunicazione di quello stesso provvedimento di ammissione.

5) Al riguardo non hanno pregio le argomentazioni difensive formulate dalla ricorrente per dimostrare la ricevibilità del ricorso.

5.1) A fronte dell'eccezione di irricevibilità formulata, la parte ricorrente ha, innanzitutto, indicato l'intempestività e l'irregolarità della comunicazione via PEC del provvedimento di ammissione, perché lo stesso sarebbe stato comunicato oltre il secondo giorno successivo all'adozione ex art. 29 D.Lgs. n. 50/2016 e non avrebbe riportato l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti, ex art. 79, comma 3, del medesimo D.Lgs. n. 50/2016.

Al riguardo il Collegio osserva come il termine di due giorni previsto per le comunicazioni ha natura ordinatoria, così come costituisce mera irregolarità la mancata indicazione dell'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti, tanto più in quanto era ben chiaro, nel caso in esame, quali erano gli uffici di riferimento che detenevano gli atti di gara.

5.2) La parte ricorrente, con una argomentazione di più ampio respiro, ha altresì indicato come il decorso del termine decadenziale non possa decorrere se non dall'effettiva integrale conoscenza degli atti della procedura, resa possibile dall'accesso agli stessi, e ha messo in dubbio la compatibilità del "meccanismo" di immediata impugnazione previsto nel comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a. con la

disciplina comunitaria e con il dettato della Costituzione, in particolare con gli artt. 24, 103, 111, 113 Cost., sotto il profilo dei principi del diritto di difesa, giusto processo ed effettività del rimedio giurisdizionale.

In sostanza, la parte ricorrente evidenzia una discrasia tra l'onere di immediata impugnativa e la disciplina dell'accesso agli atti, che non consentirebbe la tempestiva piena conoscenza della documentazione di gara inerente all'ammissione dei partecipanti e, comunque, non assicurerebbe una rapidità tale da consentire il rispetto del termine decadenziale di 30 giorni, rendendo necessario un ricorso "al buio".

Nel caso di specie la stessa ricorrente evidenzia come l'istanza di accesso agli atti sarebbe stata presentata il 13.10.2016 e riscontrata, mediante il rilascio di copie, solo in data 7.11.2016.

Conclude la società ricorrente che l'unica interpretazione dell'art. 120 comma 2 bis c.p.a. compatibile con il diritto comunitario e con i precetti costituzionali sarebbe quella di far decorrere il termine di impugnativa dei provvedimenti di ammissione solo dal momento in cui la stazione appaltante ha reso pienamente conoscibili tutti gli atti di gara, ovvero sia dal momento in cui la ditta abbia chiesto l'accesso documentale in termini ragionevoli e lo abbia concretamente ottenuto, acquisendo piena conoscenza dei medesimi atti. Aggiunge che, nel caso ciò non avvenga, la parte ricorrente potrebbe impugnare direttamente il provvedimento di aggiudicazione.

Al riguardo, il Collegio rileva innanzitutto come nel processo amministrativo, ai fini della decorrenza del termine per proporre ricorso, è sufficiente la percezione dell'esistenza di un provvedimento amministrativo e degli aspetti che ne rendono evidente la immediata e concreta lesività per la sfera giuridica dell'interessato, al fine di garantire l'esigenza di certezza giuridica connessa alla previsione di un termine decadenziale per l'impugnativa degli atti amministrativi, senza che ciò possa intaccare il diritto di difesa in giudizio ed il giusto processo, garantiti invece dalla

congruità del termine temporale per impugnare, decorrente dalla conoscenza dell'atto nei suoi elementi essenziali e dalla possibilità di proporre successivi motivi aggiunti (T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, 30 gennaio 2017, n. 644). Costituisce, infatti, *jus receptum* nella giurisprudenza amministrativa l'orientamento secondo il quale “nel processo amministrativo la decorrenza del termine per l'impugnazione deve essere ancorata al momento in cui in concreto si è verificata ed è stata apprezzata la situazione di lesività, atteso che la piena conoscenza del provvedimento causativo non può ritenersi operante oltre ogni limite temporale, atteso che ciò renderebbe l'attività dell'Amministrazione e le iniziative dei controinteressati suscettibili d'impugnazione sine die, in aperta contraddizione con il limite temporale che la legge impone al soggetto di farsi parte diligente” (cfr. ex multis, da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 19 agosto 2016 n.3645; Id., sez. VI, 14/06/2016, n. 2565).

Al tempo stesso appare evidente la ratio acceleratoria delle norme processuali previste dall'art. 120 c.p.a., tra cui quella di cui al comma 2 bis, volta alla sollecita definizione del processo in una materia rilevante come quella degli appalti, in piena conformità con il principio di ragionevolezza dei tempi del processo e, in ultima istanza, del principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, che trova eco nell'art. 24 e 113 Cost., oltre che nell'art. 1 c.p.a.

Non pare quindi si ponga una questione di costituzionalità, né di compatibilità comunitaria, per la disciplina che prevede l'onere di immediata impugnativa, entro trenta giorni, dell'atto di ammissione alla gara in relazione alla piena conoscibilità del provvedimento, stante la comunicazione dell'avvenuta ammissione, riportante gli estremi della stessa. Al limite si può porre una questione di coordinamento con la normativa che disciplina l'accesso agli atti, comunque superabile in base all'istituto della proposizione dei motivi aggiunti per i profili di illegittimità conosciuti successivamente per effetto dell'integrale conoscenza gli atti.

In ogni caso, qualsiasi profilo relativo ad eventuali impedimenti nel prendere visione degli atti di gara, ai fini della proposizione dell'impugnativa, non può che essere improntato al principio di diligenza delle parti, che devono attivarsi tempestivamente ai fini di ottenere l'accesso agli atti secondo i mezzi messi loro a disposizione dell'ordinamento.

Nel caso in questione, ciò che esclude in radice ogni rilevanza dei profili segnalati dalla parte ricorrente sulla necessità di completa conoscenza degli atti ai fini della decorrenza del termine di impugnativa è la circostanza che la medesima società ricorrente ha formulato istanza di accesso solo in data 13.10.2016, quando ormai era già decorso il termine per l'impugnativa.

Non solo quindi la parte ricorrente non ha impugnato il provvedimento di ammissione ma non si è neanche diligentemente adoperata per chiedere tempestivamente l'accesso agli atti, formulando la relativa istanza con ritardo rispetto allo spirare dei termini per l'impugnativa.

Inoltre, sempre sul piano fattuale, come dalla stessa dichiarato, la ricorrente aveva in realtà preso tempestivamente visione degli atti inerenti all'ammissione dell'altra concorrente e ne era rimasta unicamente priva di copia, ottenuta solo in seguito all'istanza di accesso.

Aveva quindi avuto conoscenza, o quantomeno la possibilità di conoscere, gli aspetti rilevanti dell'atto di ammissione che le avrebbero consentito di formulare tempestivo ricorso avverso la mancata esclusione dell'ATI aggiudicataria e non può quindi, in questa sede, invocare aspetti di incompatibilità normativa con la carta costituzionale o con il diritto comunitario che, in ogni caso, non risulterebbero rilevanti per la risoluzione della presente controversia.

6) Per quanto indicato il ricorso introduttivo e quello per motivi aggiunti devono essere dichiarati irricevibili.

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta al Collegio, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

L'assenza di un consolidato orientamento giurisprudenziale sulle questioni oggetto di giudizio, a fronte della relativa novità della normativa applicata, comporta la sussistenza di gravi ed eccezionali motivi per disporre la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e su quello per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li dichiara irricevibili.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Sergio Zeuli, Consigliere

Fabrizio D'Alessandri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Fabrizio D'Alessandri

IL PRESIDENTE
Italo Caso

IL SEGRETARIO