

N. 00382/2018 REG.PROV.COLL.

N. 02163/2017 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2163 del 2017, proposto da Siculcoop Soc. Coop. a r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Fulvio Cintioli, domiciliata presso la Segreteria del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, Sezione Staccata di Catania, ai sensi dell'art. 25 c.p.a.;

contro

il Comune di Spadafora non costituito in giudizio;

nei confronti di

Marservice S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliata in Catania, via Milano n. 6, presso lo studio dell'avv. Salvatore Vittorio, che la rappresenta e difende, unitamente all'avv. Concetta Italia;

per l'annullamento

- della determinazione n. 551 del 30 ottobre 2017 del Responsabile della Terza Area del Comune, recante approvazione dei verbali della seduta della gara indetta dal Comune di Spadafora CIG 64867657D0 - CUP: D79D15001830004, nonché aggiudicazione del relativo appalto del "*Servizio di spazzamento, raccolta e trasporto allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani differenziati e indifferenziati, compresi quelli assimilati, ed altri servizi di igiene pubblica all'interno del Comune di Spadafora ARO Spadafora*";

- dell'ammissione in gara della citata concorrente Marservice s.r.l., risultata aggiudicataria;

e per la condanna

del Comune al rilascio dei documenti di gara dell'aggiudicataria, quali chiesti dalla ricorrente con istanza non accolta;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Marservice S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti di causa;

Visto l'art. 120 c.p.a.;

Relatore nella pubblica udienza dell'8 febbraio 2018 il dott. Giovanni Iannini e uditi i difensori delle parti, come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Spadafora ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani differenziati e indifferenziati, compresi quelli assimilati ed altri servizi di igiene pubblica all'interno dell'ARO (area raccolta ottimale) di Spadafora, per la durata di 7 anni e per l'importo a base di gara di € 3.282.752,83.

1.1 Secondo le previsioni dell'art. 47 della l.r. n. 5/2014, l'espletamento della gara è stato affidato all'U.R.E.G.A. (Ufficio Regionale Espletamento Gare di Appalto), sezione provinciale di Messina.

Alla gara hanno partecipato sei imprese, tra le quali l'odierna ricorrente Siculcoop Soc. Coop. a r.l. e la Marservice S.r.l.

1.2 Nella seduta del 22 settembre 2017, in esito ai lavori della Commissione, si sono classificate ai primi due posti della graduatoria la Marservice S.r.l., cui sono stati attribuiti complessivi punti 76,18, e la Siculcoop Soc. Coop. a r.l., che ha conseguito complessivi punti 69,03.

È stata, quindi, disposta aggiudicazione provvisoria (*recte* formulata proposta di aggiudicazione) in favore della Marservice.

1.3 Con determinazione n. 551 del 30 ottobre 2017 il Responsabile dell'Area delle politiche infrastrutturali e del territorio - III Area del Comune di Spadafora ha approvato i verbali di gara e ha disposto l'aggiudicazione in favore della Marservice S.r.l.

2. La Siculcoop Soc. Coop. a r.l., seconda classificata, ha proposto impugnazione avverso il provvedimento di approvazione degli atti di gara e di aggiudicazione, nonché avverso l'atto di ammissione dell'aggiudicataria alla gara, deducendo l'illegittimità della mancata esclusione dell'aggiudicataria, ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) e del disciplinare di gara, che avrebbero attribuito carattere di perentorietà al termine assegnato a seguito del c.d. soccorso istruttorio.

La ricorrente ha chiesto che sia annullata l'aggiudicazione in favore della Marservice S.r.l. e che sia ordinato al Comune il rilascio della documentazione amministrativa prodotta in gara dalla controinteressata, nonché della corrispondenza intercorsa fra la Marservice e il R.u.p., fra il R.u.p. e il R.A.G. ed il seggio di gara.

3. Si è costituita la controinteressata Marservice eccependo l'irricevibilità del ricorso nella parte in cui è impugnato l'atto di ammissione di essa, per il vano decorso del termine di cui all'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. e, in conseguenza, l'inammissibilità del ricorso nella parte in cui è impugnato il provvedimento di aggiudicazione.

La controinteressata ha, inoltre, dedotto l'infondatezza del ricorso, chiedendone, comunque, il rigetto.

4. Il Comune di Spadafora, pur intimato, non si è costituito in giudizio.

5. Con successive memorie la ricorrente, dato atto che è stata messa a disposizione la documentazione richiesta con il ricorso introduttivo, ha replicato alle eccezioni e deduzioni della controinteressata, invocando con riferimento all'eccezione di tardività, in via subordinata, il riconoscimento dell'errore scusabile, a causa delle incertezze che permangono in relazione all'interpretazione della disciplina dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a.

6. Nella camera di consiglio dell'11 gennaio 2018 il difensore della ricorrente ha dichiarato di rinunciare all'istanza cautelare e ha chiesto rinvio per la proposizione di motivi aggiunti, ribadendo, altresì, l'istanza di riconoscimento dell'errore scusabile. Ha, inoltre, chiesto che la causa sia trattata in pubblica udienza.

Il Collegio preso atto di quanto sopra ha rinviato la trattazione alla pubblica udienza dell'8 febbraio 2018.

7. Alla pubblica udienza dell'8 febbraio 2018 la causa è stata assegnata in decisione.

8. Occorre partire dall'esame della questione di irricevibilità del ricorso per tardività, sollevata dalla controinteressata.

8.1 L'eccezione è legata alle previsioni dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., primo periodo, che dispone 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 adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11..."*.

L'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016, richiamato nell'art. 120 c.p.a., dispone, per quel che interessa in questa sede, che: *"...Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, 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 della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali. Entro il medesimo termine di due giorni è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale o strumento analogo negli altri Stati membri, di detto provvedimento, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. Il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione..."*.

8.2 La controinteressata ha rilevato che la piena conoscenza dell'atto di ammissione è stata acquisita dalla ricorrente in occasione della seduta del 27 giugno 2017, alla quale ha partecipato una persona in rappresentanza della SiculCoop. Il termine di 30 giorni di cui al menzionato art. 120, comma 2 bis, sarebbe decorso, pertanto, dal 27 giugno, con conseguente tardività del ricorso, consegnato per la notifica solo il 29 novembre 2017.

8.3 Osserva il Collegio che è incontrovertibile che non è stata curata la pubblicazione di cui all'art. 29 ora richiamato.

Secondo la controinteressata il termine di trenta giorni per la proposizione dell'impugnazione sarebbe decorso, pur in assenza della pubblicazione in questione, dal 27 giugno 2017, data della seduta in cui la Commissione ha dato atto della congruità della documentazione trasmessa.

La tesi della controinteressata è basata su una recente pronuncia del Consiglio di Stato, con la quale è stato affermato che la previsione relativa alla decorrenza del termine di impugnazione dalla pubblicazione di cui al menzionato art. 29 *"...non implichi l'inapplicabilità del generale principio sancito dall'art. 41, comma 2, cod. proc. amm. e riaffermato nel comma 5, ultima parte, dell'art. 120 cod. proc. amm., per cui, in difetto della formale comunicazione dell'atto - o, per quanto qui interessa, in difetto di pubblicazione dell'atto di ammissione sulla piattaforma telematica della stazione appaltante -, il termine decorre dal momento dell'avvenuta conoscenza dell'atto stesso, purché siano percepibili i profili che ne rendano evidente la lesività per la sfera giuridica dell'interessato in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall'ordinamento processuale"* (Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2017 n. 5870).

È bene precisare che diverso profilo è quello oggetto di esame in altra recentissima pronuncia, che, sempre in relazione al termine di cui all'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. e in una fattispecie in cui non erano note le caratteristiche tecniche dei prodotti offerti, ha affermato che *"...l'onere di impugnazione dell'altrui ammissione è ragionevolmente subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura, perché diversamente l'impresa sarebbe costretta a proporre un ricorso al buio"* (Cons. Stato, sez. III, 26 gennaio 2018 n. 565). Si è, quindi, ritenuto che il termine per l'impugnazione decorresse solo dal momento in cui l'interessata ha avuto contezza delle caratteristiche dell'offerta altrui, coincidente, in quel caso, con la conoscenza del provvedimento di aggiudicazione.

Nel caso in questione non si poneva un problema di effettiva conoscenza dei requisiti di ammissione, radicandosi la contestazione sul fatto stesso della reiterazione di una richiesta già rivolta a uno dei concorrenti.

Ciò premesso, il Collegio ritiene di non doversi discostare dall'orientamento di cui alla sentenza del dicembre 2017 del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2017 n. 5870), giacché l'accentuata specialità delle norme in questione non esclude l'applicabilità di principi di carattere generale, quale quello della decorrenza del termine di impugnazione dal momento dell'effettiva conoscenza del provvedimento, oltre che del suo carattere lesivo, che nel caso in questione era percepibile fin dalla seduta in cui è stata decisa l'ammissione dell'odierna controinteressata.

Può, quindi, affermarsi che il termine per proporre impugnazione avverso l'ammissione alla gara della Marservice decorreva, perlomeno, dal 27 giugno 2017, data in cui, alla presenza della rappresentante della SiculCoop, la Commissione ha rilevato la congruità della documentazione trasmessa dall'impresa successivamente risultata aggiudicataria.

Ritiene, tuttavia, il Collegio che nel caso di specie ricorrano i presupposti per la concessione dell'errore scusabile, peraltro espressamente invocato dalla ricorrente.

L'art. 37 c.p.a. prevede che il giudice può disporre, anche d'ufficio, la rimessione in termini per errore scusabile, in presenza, tra l'altro, di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto.

Tra i temi sui quali si registrano le maggiori incertezze vi è proprio quello dei limiti di applicazione del rito c.d. super accelerato, della sua compatibilità con il diritto dell'Unione europea e della decorrenza dei termini per l'impugnazione degli atti di ammissione. Ciò è tanto vero che la pronuncia del Consiglio di Stato dello scorso dicembre è stata vista da più parti, più che come coerente applicazione dei principi generali di cui all'art. 41 c.p.a., come mutamento di rotta rispetto al precedente orientamento.

Non è il caso di passare in rassegna gli orientamenti giurisprudenziale che si sono espressi in un senso o nell'altro, che del resto sono stati richiamati dalle parti. L'incertezza della questione di diritto è un dato oggettivo, che induce il Collegio a ritenere che debba disporsi la rimessione in termini della ricorrente e che, pertanto, il ricorso debba considerarsi ricevibile.

9. Passando all'esame del merito, vanno richiamati brevemente, per quel che interessa in questa sede, i fatti che hanno caratterizzato lo svolgimento del procedimento di gara, quali risultano dai verbali.

9.1 Nella seduta del 19 gennaio 2017 la Commissione di gara ha rilevato che la concorrente Marservice non aveva presentato il proprio Pass dell'Operatore Economico (PassOE), necessario per la verifica dei requisiti sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici. Ha, quindi, chiesto al R.A.G. (Responsabile adempimenti di gara) di attivare il soccorso istruttorio con richiesta di integrazione documentale nei confronti della Marservice.

La Marservice ha tempestivamente prodotto quanto richiesto.

9.2 Successivamente, il R.U.P. ha informato la Commissione dell'impossibilità di acquisire tramite il sistema PassOE i dati per la verifica dei requisiti di capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica di tutti concorrenti.

9.3 Nella seduta del 31 marzo 2017 la Commissione, preso atto di ciò, ha incaricato il R.A.G. di acquisire dalle singole imprese la seguente documentazione:

- 1) certificazione in ordine ai servizi prestati e dichiarati nella documentazione amministrativa della gara;
- 2) bilanci del triennio anteriore alla data del Bando di gara, con fatturato generale e fatturato specifico;
- 3) iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali.

9.4 La successiva seduta si è tenuta il 21 aprile 2017. In tale seduta la Commissione si è avveduta del fatto che la documentazione trasmessa dalla Marservice si riferiva alla sola avvalente e non all'ausiliaria Impresa individuale Servizi Ecologici di Marchese Giosé, di cui la Marservice si è avvalsa ai fini del requisito di capacità economico - finanziaria.

Il R.A.G. è stato, pertanto, incaricato di invitare la Marservice a trasmettere, entro l'8 maggio 2017, la documentazione richiesta, con avvertimento che il mancato riscontro avrebbe comportato l'esclusione.

9.5 Si è giunti così alla seduta del 16 maggio 2017, nella quale la Commissione ha constatato che *"...Dalla documentazione prodotta dall'impresa ausiliaria (Servizi Ecologici di Marchese Giosé) non risulta dimostrato il requisito di avere eseguiti "Servizi analoghi" a quelli della gara non inferiori ad € 3.282.752,83 nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando di gara(19.9.2016); Pertanto si reitera nuovamente la richiesta alla citata Impresa, di produrre "Ogni documentazione utile" (Certificati di regolare esecuzione - Fatture - mandati di pagamento Provvedimenti di liquidazione ecc.) a dimostrare che l'Ausiliaria del Concorrente n. 6 ha eseguito nell'ultimo triennio servizi analoghi per l'importo non inferiore a € 3.282.752,83, con l'esplicito avvertimento che la mancata o incompleta risposta determinerà l'esclusione dalla gara".*

Analoga misura è stata adottata nei confronti di altra concorrente (E-LOG Ecologia & Logistica).

La Commissione ha incaricato il R.A.G. di assegnare alle imprese concorrenti il termine di 15 giorni per l'espletamento dell'incombente.

9.6 Nella seduta del 27 giugno 2017 la Commissione ha dato atto della congruità della documentazione prodotta e ha disposto l'ammissione della Marservice e della E-LOG Ecologia & Logistica.

Dalle difese della Marservice si apprende che, nel caso dell'impresa ausiliaria della controinteressata, tale documentazione consisteva nei certificati di regolare esecuzione rilasciati dai Comuni di Trebisacce e Cetraro.

10. La tesi della ricorrente è che la Commissione, nella seduta del 16 maggio 2017, avrebbe inammissibilmente rinnovato la richiesta di acquisizione della documentazione già avanzata alla Marservice nella precedente seduta del 21 aprile 2017. Con ciò si sarebbe consentito all'aggiudicataria di depositare ulteriori atti e documenti ben oltre il termine di decadenza fissato dalla stessa Commissione.

La ricorrente ha evidenziato che, secondo l'orientamento costante, il termine di dieci giorni fissato dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 ha carattere perentorio e il mancato rispetto di esso determina senz'altro l'esclusione dalla gara.

Essa ha rilevato ulteriormente che l'aggiudicataria non ha osservato il termine fissato dalla Commissione, nonostante il fatto che esso fosse più lungo dei dieci giorni stabiliti dalla legge.

La Commissione, pertanto, nella seduta del 16 maggio 2017, constatato il mancato rispetto del termine dell'8 maggio, fissato nella precedente seduta del 21 aprile 2017, avrebbe dovuto disporre l'esclusione della Marservice.

11. La controinteressata ha replicato che la richiesta era preordinata, non all'attestazione di requisiti non dichiarati entro i termini, ma a comprovare che quanto tempestivamente dichiarato corrisponde a quanto richiesto nel bando.

Non vi sarebbe stata alcuna violazione dell'obbligo di diligenza da parte della Marservice, giacché la mancata prova dei requisiti sarebbe dipesa dall'impossibilità di effettuare la verifica mediante la piattaforma ANAC. L'acquisizione dei dati in via telematica avrebbe evitato il difficoltoso reperimento delle certificazioni degli enti pubblici, riguardanti l'esecuzione dei lavori.

12. Osserva il Collegio che si può essere d'accordo con la controinteressata allorché afferma che la richiesta della Commissione non era diretta a sanare la carenza di un elemento formale della domanda, giacché, in effetti, quanto richiesto dalla *lex specialis* era stato tempestivamente prodotto dalla concorrente risultata aggiudicataria. D'altra parte, l'impossibilità di provare i requisiti ai sensi dell'art. 81, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 non è dipesa da negligenza della stessa concorrente, che aveva espletato prontamente gli incumbenti disposti dalla Commissione nella seduta del 19 gennaio 2017, necessari ai fini dell'acquisizione dei dati mediante il sistema PassOE.

La ricostruzione di quanto avvenuto nelle sedute successive pone, tuttavia, in evidenza il ripetuto inadempimento della Marservice rispetto alle richieste di documentazione atta a comprovare il possesso dei requisiti e, segnatamente, del requisito di capacità economico - finanziaria.

Si è detto che, nella seduta del 31 marzo 2017, la Commissione ha disposto la produzione, tra l'altro, della certificazione in ordine ai servizi prestati e dichiarati nella documentazione amministrativa della gara, ai fini della prova della capacità economico - finanziaria.

La Marservice, ai fini del possesso di tale requisito, si è avvalsa dell'ausiliaria Impresa individuale Servizi Ecologici di Marchese Giosé.

Nella successiva seduta del 21 aprile 2017, la Commissione, avvedutasi del fatto che la documentazione trasmessa dalla Marservice si riferiva alla sola avvalente e non all'ausiliaria, ha incarico il R.A.G. di invitare la Marservice a trasmettere, entro l'8 maggio 2017, la documentazione richiesta, con l'avvertimento che il mancato riscontro avrebbe comportato l'esclusione.

La Marservice non ha adempiuto entro il termine di cui sopra e, nella seduta del 16 maggio 2017 la Commissione ha reiterato la richiesta alla Marservice di produrre *"...Ogni documentazione utile" (Certificati di regolare esecuzione - Fatture - mandati di pagamento Provvedimenti di liquidazione ecc.) a dimostrare che l'Ausiliaria del Concorrente n. 6 ha eseguito nell'ultimo triennio servizi analoghi per l'importo non inferiore a € 3.282.752,83, con l'esplicito avvertimento che la mancata o incompleta risposta determinerà l'esclusione dalla gara"*.

All'impresa è stato, quindi, assegnato un ulteriore termine di quindici giorni.

Risulta da quanto sopra che solo alla terza richiesta la Marservice ha prodotto la documentazione necessaria a comprovare il requisito di capacità economico - finanziaria.

Tale documentazione, si badi, non era stata indicata in modo generico, giacché fin dalla seduta del 31 marzo 2017 era stato fatto specifico riferimento ai certificati di regolare esecuzione.

La terza richiesta è intervenuta dopo la scadenza di un termine indicato come perentorio dalla stessa Commissione, essendosi specificato che la violazione del termine dell'8 maggio 2017 avrebbe comportato l'esclusione dalla gara.

Ritiene il Collegio che la Commissione, in tal modo, abbia violato il fondamentale canone della *par condicio*, consentendo alla Marservice (e all'altra concorrente sopra indicata) di dimostrare il possesso del requisito al di là dei termini perentori fissati dalla stessa.

Il carattere perentorio del termine, come affermato anche di recente dalla giurisprudenza, non ammette rimedi e non è derogabile mediante la concessione dell'errore scusabile. Ne discende che l'introduzione di una deroga, mediante previsione di un termine ulteriore, importa la violazione del principio della *par condicio*, essendosi consentito ad alcuni dei concorrenti di integrare la produzione di atti o documenti dopo la scadenza dei termini fissati (Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2017 n. 5382).

Ne risulta l'illegittimità dell'atto di ammissione della Marservice e, quindi, dell'aggiudicazione in favore di essa.

13. In conclusione, il ricorso risulta fondato e deve essere accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

14. Riguardo alle spese del giudizio, reputa il Collegio che, in considerazione della relativa novità delle questioni trattate, attinenti segnatamente alla decorrenza del termine di impugnazione dell'atto di ammissione, sussistano i presupposti per disporre la compensazione tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio dell'8 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Iannini, Presidente, Estensore

Francesco Bruno, Consigliere

Gustavo Giovanni Rosario Cumin, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Giovanni Iannini

IL SEGRETARIO