



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2768 del 2017, proposto da:

Xeco S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Enrico Angelone, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, piazza Municipio, 84;

contro

Comune Casaluce, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Luciano Costanzo, Egidio Lamberti, con domicilio eletto presso lo studio Massimo Lamberti in Napoli, via Costantino, 52;

nei confronti di

Etica Verde Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Nicolina Improda, con domicilio eletto presso lo studio Elvira Palumbo in Napoli, corso Novara, 13;

per l'annullamento

a) dell'Avviso di aggiudicazione prot. n. 5814 del 22.05.2017, con il quale si è comunicato alla Società ricorrente che, con Determina n. 126 del 19.05.2017, NG281, è stata disposta l'aggiudicazione definitiva a favore della Ditta Etica

Verde della gara avente ad oggetto la gestione del Centro Comunale di Raccolta Rifiuti Differenziati e del compattatore sito nella Casa Comunale di Via S. Allende, n. 4, Codice CIG 27A1D9ADF6; b) della Determina Dirigenziale n. 126 del 19.05.2017, non conosciuta perché non comunicata alla Società ricorrente, con la quale si è disposta l'aggiudicazione definitiva della gara indicata alla lett. a) che precede; c) della Nota del Responsabile del Settore Ambiente del Comune di Casaluce 5642 del 17.05.2017 che ha rigettato l'istanza della Società ricorrente diretta all'attivazione del potere di autotutela ex art. 21 nonies, L. 241/90; d) dei verbali della Commissione di Gara adottati nella seduta del 09.03.2017, e, successivamente, nella seduta del 30.03.2017, con i quali si è ammessa la Ditta Etica Verde al prosieguo della procedura, ancorché non in possesso del requisito dell'iscrizione nella "White List"; e) di ogni altro atto preordinato, connesso, consequenziale, comunque lesivo del diritto della ricorrente, ivi compresa la Lettera Invito, il Bando di Gara denominato "Manifestazione di Interesse" ed il Capitolato Speciale di Appalto;

.....per la conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto e per il conseguente subingresso della Xeco S.r.l. nella titolarità dello stesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune Casaluce e di Etica Verde Società Cooperativa Sociale;

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 18 ottobre 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

Parte ricorrente, Xeco S.r.l., partecipava alla procedura di gara bandita dal Comune di Casaluce per l'affidamento del Servizio di gestione del centro

comunale di raccolta dei rifiuti differenziati e del compattatore sito nella Casa Comunale di Via Salvator Allende, n. 4, per un periodo di 15 mesi, a far data dal verbale di consegna, con base d'asta di Euro 37.500,00, comprensivo di IVA, e il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso.

La medesima parte ricorrente si classificava al secondo posto e l'aggiudicazione veniva disposta in favore della Etica Verde Società Cooperativa Sociale.

Xeco S.r.l. ha impugnato l'aggiudicazione e ogni altro atto preordinato, connesso, consequenziale, comunque lesivo del diritto della ricorrente, ivi compresa, per quanto dovesse occorrere, la lettera d'invito, il bando di gara denominato "Manifestazione di Interesse" ed il Capitolato speciale di appalto. Ha chiesto l'annullamento degli atti gravati e la conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto ai fini del subingresso nella titolarità dello stesso.

L'impugnativa solleva un duplice profilo di vizio:

I. La ditta prima classificata sarebbe stata ammessa alla gara erroneamente dalla Stazione Appaltante in quanto priva del requisito di iscrizione alla cosiddetta "White List". L'aggiudicataria, infatti, avrebbe presentato domanda di rinnovo dell'iscrizione alla White List presso l'UTG territorialmente competente, ma risulterebbe priva del requisito richiesto dalla lex specialis ai fini dell'ammissione alla gara di appalto.

II. La lettera d'invito alla procedura di gara ha stabilito che la procedura di gara doveva essere aggiudicata con il sistema del massimo ribasso, ex art. 95, comma 4, del codice dei contratti pubblici, con valutazione dell'anomalia delle offerte, ai sensi dell'art. 97 del medesimo D.Lgs. La Stazione Appaltante avrebbe, invece, aggiudicato la gara sulla base del solo prezzo offerto, senza procedere ad una valutazione analitica dell'offerta economica prodotta. Ove si fosse proceduto a valutare l'offerta, l'Amministrazione ne avrebbe accertato l'anomalia, non potendo il prezzo offerto nemmeno coprire le spese del personale operaio da impegnare nella gestione dell'impianto.

Si sono costituiti in giudizio il Comune Casaluce e la controinteressata Etica Verde Società Cooperativa Sociale, resistendo al ricorso ed eccependo

l'irricevibilità del primo motivo di ricorso per tardività e, in ogni caso, formulando difese nel merito su entrambe le censure sollevate.

DIRITTO

1) Il ricorso si palesa in parte irricevibile e in parte infondato.

2) Il primo motivo di ricorso si palesa irricevibile per tardività.

La parte resistente e la società controinteressata hanno eccepito la tardività del ricorso per quanto riguarda la prima censura, inerente l'impugnativa dell'avvenuta ammissione alla gara della Etica Verde Società Cooperativa Sociale, in quanto non proposta entro i termini perentori previsti dall'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. per i provvedimenti di esclusione o ammissione dalle procedure di gara.

La parte ricorrente ha dedotto, in sede di replica, l'inapplicabilità della disposizione in questione in quanto riferita solo ai casi di ammissione o esclusione, all'esito della valutazione di requisiti soggettivi, economico finanziari e tecnico professionali, che non si ravviserebbe nel caso di specie. Il Collegio ritiene, al contrario, che la lamentata incapacità di contrarre con la P.A. per l'assenza dell'iscrizione alla white list rientri nell'ambito dei requisiti soggettivi contemplati nella norma in esame.

La medesima parte ricorrente ha altresì argomentato, sempre in sede difensiva, che, secondo lo stesso dettato del richiamato art. 120, il suddetto termine per impugnare i provvedimenti di esclusione o ammissione decorre esclusivamente dalla pubblicazione del provvedimento ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici; pubblicazione della quale nel caso di specie non si ha notizia.

Ben conosce il Collegio i diversi orientamenti giurisdizionali sulla questione.

In particolare, ben conosce che secondo un determinato orientamento il medesimo termine decorre in ogni caso dall'avvenuta conoscenza dell'atto di ammissione o esclusione, anche a prescindere dall'indicata pubblicazione, purché siano percepibili i profili che ne rendono evidente l'immediata e concreta lesività per la sfera giuridica dell'interessato, come ad esempio nel caso in cui la parte ricorrente abbia ricevuto via mail il verbale della seduta

pubblica recante i punteggi conseguiti da ciascun operatore economico e dunque anche l'ammissione alla gara dei partecipanti (T.A.R. Toscana Firenze, Sez. I, 18-04-2017, n. 582; T.A.R. Puglia Bari, Sez. III, 08.11.2016, n. 1262).

Viene richiamato in proposito il consolidato principio secondo il quale, pur in difetto della formale comunicazione dell'atto, il termine di impugnazione decorre dal momento dell'avvenuta conoscenza dell'atto purché siano percepibili quei profili che ne rendono evidente l'immediata e concreta lesività per la sfera giuridica dell'interessato (T.A.R. Veneto Venezia, Sez. I, 17-05-2017, n. 492).

Altrettanto bene conosce il Collegio un secondo opposto orientamento giurisprudenziale secondo il quale il termine per l'impugnativa decorre esclusivamente dalla pubblicazione del provvedimento di ammissione o esclusione sul profilo del committente ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (T.A.R. Campania Napoli, Sez. V, 6 ottobre 2017, n. 4689; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III quater, 22 agosto 2017 n. 9379; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II quater, 19 luglio 2017 n. 8704; T.A.R. Puglia - Bari I, 7 dicembre 2016 n. 1367; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 29.05.2017, n. 2843). E ciò in quanto la disposizione di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., come introdotta dal decreto legislativo n. 50 del 2016, prevede espressamente ed inequivocamente che il dies a quo per proporre tale particolare impugnativa decorre dalla pubblicazione del provvedimento che determina l'esclusione o l'ammissione sul profilo della stazione appaltante, stante la specialità di una simile previsione che prevarrebbe su ogni altra previsione o applicazione di tipo giurisprudenziale (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III quater, 22 agosto 2017 n. 9379).

Il Collegio, pur condividendo la motivazione di questo secondo orientamento sulla specialità della normativa che impone l'onere di immediata impugnativa, rileva che, almeno nei casi in cui la parte non solo sia a conoscenza dell'esistenza del provvedimento di esclusione o ammissione ma sia esattamente a conoscenza dei profili di illegittimità da sollevare in giudizio,

avendo quindi avuto piena conoscenza degli atti di procedura, si presenta preferibile il primo indirizzo. Non vi sarebbe, infatti, ragione per procrastinare il termine di impugnativa prolungando la situazione di incertezza sulla sorte finale della gara d'appalto che la norma sull'onere di impugnativa immediata ha inteso ridurre.

A fronte della tutela delle ragioni del concorrente all'esercizio dell'azione di impugnativa vi sono, infatti, anche le ragioni di interesse pubblico alla pronta definizione delle controversie in materia di gare di appalto, che non consentono indugi nella promozione dell'azione giurisdizionale.

D'altra parte il riferimento dell'art. 120 comma 2 bis c.p.a. alla pubblicazione sul profilo del committente, nell'ambito della sezione "Amministrazione trasparente" ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. 18/04/2016, n. 50, con conseguente applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, è volto a consentire la piena conoscenza degli atti consultabili sul profilo del medesimo committente, in modo che non vi si veda ragione di consentire alla parte di rimandare l'impugnativa una volta che ha *aliunde* preso piena conoscenza dei profili di illegittimità da sollevare.

Nel caso di specie la parte ricorrente, oltre a essere presente con un suo rappresentante alla seduta di gara del 30.3.2017, in cui è stata disposta l'ammissione in gara della controinteressata, ha anche formulato, in data 7.4.2017, un'istanza di autotutela alla stazione appaltante nella quale ha lamentato lo stesso profilo di illegittimità dell'ammissione dell'aggiudicataria, inerente alla mancata iscrizione alla White list, poi presentato come motivo di ricorso.

Ritiene, quindi, il Collegio che almeno a partire da quest'ultima data sia decorso il termine a quo per presentare ricorso con conseguente tardività del motivo di ricorso.

3) Il secondo motivo di ricorso è infondato.

Il Collegio rileva al riguardo come la lettera d'invito alla procedura di gara si limitava, in realtà, a richiamare la disciplina dell'anomalia delle offerte si cui

all'art. 97 del D.Lgs. n. 50/2016, senza indicare la necessità che l'offerta aggiudicataria fosse soggetta alla verifica di anomalia.

Peraltro l'art. 97, comma 3 bis, del D.Lgs. n. 50/2016, con una norma introdotta in via ricognitiva dall'art. 62, comma 1, lett. b), D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, prevede che, nel caso in cui il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, il calcolo della soglia di anomalia non viene effettuato ove il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque e, nel caso di specie, le offerte pervenute erano quattro.

Nel caso di specie, peraltro, anche alla luce delle puntuali argomentazioni addotte dalla controinteressata circa le spese del personale da impegnare nell'appalto, non appare affetta da irragionevolezza la scelta, connotata da discrezionalità tecnica, di non procedere alla puntuale verifica di anomalia dell'offerta.

Entro tali limiti di logicità e ragionevolezza deve, peraltro, esercitarsi il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni compiute dalla pubblica amministrazione in ordine all'anomalia dell'offerta, non potendo esso operare autonomamente la verifica della congruità dell'offerta presentata, poiché, così facendo, invaderebbe una sfera propria della pubblica amministrazione, connotata da discrezionalità tecnica (Cons. Stato Sez. III, 13-09-2017, n. 4336; T.A.R. Marche Ancona Sez. I, 11-09-2017, n. 707; T.A.R. Marche Ancona Sez. I, 11-09-2017, n. 707).

4) Per le suesposte ragioni il ricorso va in parte dichiarato irricevibile e in parte rigettato.

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 inadeguati a supportare una conclusione di tipo diverso.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara irricevibile e in parte lo rigetta.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese del presente procedimento in favore del Comune Casaluce e di Etica Verde Società Cooperativa Sociale, che liquida in complessivi euro 5.000,00, in ragione di 2.500,00 euro ciascuno, oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 18 ottobre 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