

N. 04567/2013 REG.PROV.COLL.
N. 02141/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm., nel giudizio introdotto con il ricorso 2141/13, proposto da Safond Martini S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, assistita e difesa dagli avv. ti Meneguzzo, Sala, Bassanese e Sivieri, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via Cosseria, 5;

contro

Il Commissario pro tempore delegato ex O.P.C.M. 9 Luglio 2010, n. 3887, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria ex lege;

nei confronti di

General Smontaggi S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, assistita e difesa dagli avv. ti De Nora, Manganiello, Salvi e Corbyons, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via Maria Cristina 2;

Cogip Infrastrutture S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, assistita e difesa dall'avv. A. Clarizia, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Principessa Clotilde 2;

Oberosler Cav. Pietro S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro*

tempore, non costituita in giudizio;

Consorzio Stabile Aedars S.c.ar.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della disposizione 30 gennaio 2013, n. 1, comunicata alla ricorrente il 31 gennaio 2013, del dirigente generale del Dipartimento per la protezione civile della Regione Sicilia, con la quale è stata aggiudicata definitivamente alla General Smontaggi S.p.A. la procedura di gara avente ad oggetto: "Realizzazione della VI Vasca (ex discarica 2B) da adibire a discarica per rifiuti non pericolosi presso la Piattaforma impiantistica di Bellolampo SP n. 1 km 4+900 (PA);

di ogni atto presupposto, con particolare riferimento al verbale di gara 16 gennaio 2013, nella parte in cui non ha escluso dalla procedura l'a.t.i. Oberosler cav. Pietro S.p.A. e Cogip Infrastrutture S.p.A..

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Commissario delegato, di General Smontaggi S.p.A. e di Cogip Infrastrutture S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 marzo 2013 il cons. avv. A.

Gabbricci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

1.1. Il Soggetto attuatore, nominato dal Commissario delegato per il superamento della situazione di emergenza dei rifiuti nella regione Sicilia ex O.P.C.M. 9 luglio 2010, n. 3887, ha indetto una procedura negoziata con gara informale per la realizzazione della sesta vasca (ex discarica 2b), da

adibire a discarica per i rifiuti non pericolosi presso la piattaforma integrata di Bellolampo (Palermo), per un importo complessivo a base di gara di € 19.370.756,54, oneri di sicurezza esclusi.

1.2. Sono state presentate ed ammesse dieci offerte, di cui le prime quattro così graduate: 1) Oberosler-Cogip (ribasso del 36,8813%); 2) Safond-Martini (33,3333%); 3) Consorzio Aedars (32,5560%); 4) General Smontaggi (32,4112%).

1.3. Secondo la lex specialis di gara, la commissione ha proceduto dapprima alla determinazione della soglia di anomalia, pari al 32,5005%, e quindi all'esclusione automatica delle tre ricordate offerte che superavano la soglia, aggiudicando così la realizzazione dell'opera a General Smontaggi S.p.A..

2.1. Safond-Martini ha proposto il ricorso in esame, affermando che l'offerta Oberosler-Cogip avrebbe dovuto essere esclusa perché viziata: di conseguenza, la sua offerta diverrebbe la più vantaggiosa, né potrebbe più essere esclusa automaticamente, poiché, in presenza di meno di dieci concorrenti ammessi, dovrebbe essere comunque effettuata la verifica in concreto dell'anomalia ex art. 86, d. lgs. 163/06.

2.2.. Si sono costituiti in giudizio sia General Smontaggi che Cogip, eccependo la tardività del ricorso e, comunque, la sua infondatezza.

3.1. L'eccezione d'irricevibilità è fondata.

3.2.1. Invero, all'esito della seduta del 16 gennaio 2013, la commissione ha aggiudicato provvisoriamente i lavori a General Smontaggi, dopo aver escluso, tra le altre, l'offerta Safond, che ne è stata informata il giorno seguente.

3.2.2. La circostanza non è controversa: egualmente è pacifico in causa che l'aggiudicazione definitiva è intervenuta il seguente 30 gennaio 2013, e la ricorrente ne è stata informata, ancora una volta, il giorno successivo; il 5 febbraio ha chiesto l'accesso alla documentazione di gara e nei giorni successivi ne ha preso visione.

3.2.3. Il ricorso è stato notificato, a cura del difensore, a ciò autorizzato dal proprio Consiglio professionale, a partire dal 1 marzo 2013.

4.1. Invero, come già ricordato, il 17 gennaio 2013 parte ricorrente ha saputo, mediante comunicazione a mezzo di posta certificata, della propria esclusione dalla gara, per aver presentato un'offerta economica con una percentuale di ribasso superiore alla soglia di anomalia.

Tale esclusione ha senz'altro precluso a Safond-Martini di aggiudicarsi la gara e costituisce dunque per essa l'atto del procedimento immediatamente lesivo, da impugnarsi nel termine di legge: "L'atto di esclusione, ancorché non definisca interamente il procedimento, è immediatamente lesivo per il soggetto escluso e per quanto lo concerne rappresenta l'atto conclusivo del procedimento stesso", e deve essere gravato "entro il termine abbreviato di legge" (così, in motivazione, C.d.S., III, 22 agosto 2012, n. 4593; e, in termini, id. VI, 13 dicembre 2011, n. 6531).

4.2. Tale conclusione trova avallo nell'art. 120, V comma c.p.a., secondo cui per l'impugnazione degli atti delle procedure d'affidamento, relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, il ricorso principale deve essere proposto "nel termine di trenta giorni, decorrente dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163": e, a sua volta, il ripetuto art. 79, V comma, include appunto, tra gli atti che devono costituire oggetto della ridetta comunicazione, e che vanno pertanto immediatamente impugnati, "l'esclusione, ai candidati e agli offerenti esclusi".

4.3. In specie, dunque, il ricorso, per essere tempestivo, avrebbe dovuto essere notificato a partire da lunedì 18 febbraio 2013, undici giorni prima di quanto avvenuto: e da ciò la rilevata tardività.

4.4.1. Per vero, nel corso dell'udienza camerale parte ricorrente ha tentato di superare la questione preliminare invocando il disposto dell'art. 48 del ripetuto d. lgs. 163/06, intitolato ai "controlli sul possesso dei requisiti".

4.4.2. Questo invero prescrive dapprima (I comma) che le stazioni appaltanti, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un certo numero di offerenti “di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa”; al II comma, poi, stabilisce che tale richiesta “è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione”.

4.4.3. L'ultima parte, testé citata, della disposizione, secondo la ricorrente consentirebbe di affermare che, potendosi determinare una nuova soglia di anomalia, anche le offerte precedentemente considerate anomale, e per tali eliminate, non lo sarebbero definitivamente, perché, con la nuova soglia, potrebbero rientrare in gara: sicché la loro esclusione, fino alla definitiva aggiudicazione, ed alla positiva verifica dei requisiti nell'aggiudicatario, sarebbe solo eventuale e non immediatamente lesiva.

4.5.1. Orbene, la tesi esposta non è condivisibile.

Invero, è evidente che la fattispecie descritta dalla disposizione è quella di un regresso della procedura ad una fase antecedente alla valutazione delle offerte: si tratta tuttavia di un accadimento meramente ipotetico, che non fa venir meno la lesività attuale dell'esclusione, ma che, ove si verificasse, determinerebbe piuttosto l'implicito ritiro di un atto fino ad allora pienamente efficace e la conseguente cessazione dell'interesse alla sua impugnazione.

4.5.2. Del resto, a conferma di quanto fin qui affermato dal Collegio, è da notare come l'art. 79, sopra citato, indichi bensì tra gli atti impugnabili

“l’aggiudicazione definitiva”, precisando che essa deve essere comunicata, tra gli altri, a coloro la cui offerta sia stata esclusa, ma soltanto “se hanno proposto impugnazione avverso l’esclusione, o sono in termini per presentare dette impugnazioni ... se dette impugnazioni non siano state ancora respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva”.

4.5.3. Poiché tale comunicazione è funzionale ad un’eventuale impugnazione dell’aggiudicazione, ne segue che, in caso di esclusione dalla procedura, il tempestivo gravame avverso tale atto costituisce condizione di ammissibilità per l’impugnazione della prima: esattamente l’opposto di quanto affermato dalla ricorrente.

5.1 Alla luce delle precedenti considerazioni non può dunque che essere confermata la tardività del ricorso, notificato ben oltre la scadenza del termine prescritto.

5.2. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo dichiara irricevibile. Condanna parte ricorrente alla rifusione delle spese di lite che liquida per compensi in € 3.000,00 in favore dell’Amministrazione resistente, ed in € 3.500,00 in favore sia di General Smontaggi S.p.A. che di Cogip Infrastrutture S.p.A., oltre iva e c.p.a..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 marzo 2013 con l’intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Angelo Gabbricci, Consigliere, Estensore

Rosa Perna, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/05/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)