

N. 04556/2013 REG.PROV.COLL.
N. 03926/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 3926 del 2013, proposto da:

Irpinia Global Service s.c.r.l. Onlus, rappresentata e difesa dall'avv. Ferdinando Iazzetta, con domicilio eletto presso Ferdinando Iazzetta in Napoli, Segreteria Tar;

contro

Comune di Foglianise, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco De Pierro, con domicilio eletto presso Maria Pia Fierro in Napoli, piazza Bovio, 22;

nei confronti di

Lavorgna s.r.l.;

per l'annullamento

ESCLUSIONE DALLA GARA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI IGIENE URBANA SUL TERRITORIO COMUNALE.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Foglianise;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2013 il dott. Olindo Di Popolo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Premesso che:

- con ricorso notificato il 22 agosto 2013 e depositato il 5 settembre 2013, la Irpinia Global Service s.c.r.l. Onlus impugnava, chiedendone l'annullamento, previa sospensione, i seguenti atti, inerenti alla procedura aperta, indetta dal Comune di Foglianise per l'affidamento, col criterio del prezzo più basso, del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani ed assimilabili col metodo porta a porta (determina a contrarre n. 71 del 28 marzo 2013): -- nota del responsabile del Comune di Foglianise, prot. n. 3059, del 2 luglio 2013, recante la comunicazione di esclusione della Irpinia Global Service dalla gara; -- verbale di gara n. 1 del 17 giugno 2013; -- verbale di gara n. 2 del 28 giugno 2013, recante la determinazione di esclusione della Irpinia Global Service dalla gara; -- verbale di gara n. 3 del 29 giugno 2013, recante la conferma della disposta esclusione della Irpinia Global Service dalla gara, nonché l'aggiudicazione provvisoria in favore della Lavorgna s.r.l.; -- determinazione del responsabile del Settore tecnico del Comune di Foglianise n. 140 del 29 giugno 2013, reiterativa dell'aggiudicazione provvisoria in favore della Lavorgna s.r.l.; -- ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale;
- richiedeva, altresì, in via subordinata, il risarcimento per equivalente monetario dei danni derivanti dall'operato asseritamente illegittimo dell'amministrazione intimata;
- la vicenda dedotta in giudizio è, in sintesi la seguente: -- nella seduta pubblica del 17 giugno 2013, alla quale aveva assistito il soggetto (Votino Giuseppe) all'uopo delegato dalla Irpinia Global Service, era stata

contestata a quest'ultima da altre ditte concorrenti l'irregolarità dell'avvalimento frazionato del requisito economico-finanziario costituito dal fatturato globale (cfr. verbale di gara n. 1 del 17 giugno 2013); -- nella successiva seduta pubblica del 28 giugno 2013, alla quale aveva parimenti assistito il menzionato incaricato della Irpinia Global Service, quest'ultima era stata estromessa dalla gara, sia in base al rilievo che si era "avvalsa di una ditta ausiliaria per il requisito di ordine economico-finanziario del fatturato globale, cumulando a quello proprio parte di quello posseduto dall'impresa ausiliaria (avvalimento parziale)", possibilità, questa, "esclusa dall'art. 49, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006", sia in base al rilievo che "il contratto di avvalimento non rispetta le prescrizioni del disciplinare di gara di cui al paragrafo 16, punto 9, ove prevede che il contratto deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico nonché la durata del contratto" (cfr. verbale di gara n. 2 del 28 giugno 2013); -- nella conclusiva seduta pubblica del 29 giugno 2013, alla quale aveva sempre assistito il soggetto (Iazzetta Ferdinando) all'uopo delegato dalla Irpinia Global Service, il seggio di gara, dopo aver esaminato le controdeduzioni da quest'ultima formulate nella precedente seduta pubblica del 28 giugno 2013, aveva confermato la disposta estromissione, nonché dichiarato provvisoriamente aggiudicataria la Lavorogna (cfr. verbale di gara n. 3 del 29 giugno 2013); -- l'anzidetto provvedimento espulsivo era stato, infine, comunicato alla Irpinia Global Service con la gravata nota del responsabile del Comune di Foglianise, prot. n. 3059, del 2 luglio 2013;

- avverso siffatta determinazione, la ricorrente, rassegnava censure così rubricate: violazione, falsa ed errata applicazione delle norme concorsuali; violazione di legge e lesione del principio della par condicio, del principio di imparzialità e buon andamento; sviamento della causa tipica; violazione e falsa applicazione della normativa in materia di appalti e delle clausole del

bando; eccesso di potere per difetto di istruttoria, falsità dei presupposti, illogicità manifesta; sviamento dell'interesse pubblico; violazione del principio costituzionale di legalità; violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 261/2006; violazione e falsa applicazione dei principi di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006,

- in estrema sintesi, lamentava che: -- in omaggio ai principi proconcorrenziali di matrice comunitaria, nonché in omaggio al canone del favor participationis, il divieto di avvalimento frazionato dei requisiti idoneativi andrebbe interpretato in senso stretto, ossia siccome circoscritto dall'art. 49, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006 ai soli contratti di lavori pubblici; -- il contratto di avvalimento tra la Irpinia Global Service e la Eco Energy s.r.l., esibito in gara, sarebbe sufficientemente determinato nell'oggetto, essendo ivi indicati le risorse e i mezzi prestati dall'impresa ausiliaria ai fini dell'esecuzione del servizio previsto in appalto;

- costituitosi l'intimato Comune di Foglianise, eccepiva l'inammissibilità e l'infondatezza del gravame esperito ex adverso, del quale richiedeva, quindi, il rigetto;

- il ricorso veniva chiamato all'udienza del 25 settembre 2013 per la trattazione dell'incidente cautelare;

- nell'udienza cautelare emergeva che la causa era matura per la decisione di merito, essendo integro il contraddittorio, completa l'istruttoria e sussistendo gli altri presupposti di legge;

- le parti venivano sentite, oltre che sulla domanda cautelare, sulla possibilità di definizione del ricorso nel merito e su tutte le questioni di fatto e di diritto che la definizione nel merito pone;

Considerato, in rito, che:

- il ricorso introduttivo del presente giudizio risulta notificato (in data 22 agosto 2013) oltre il termine perentorio di 30 giorni ex art. 120, comma 5, cod. proc. amm., decorrente dalla piena conoscenza – perfezionatasi non

oltre la seduta pubblica del 29 giugno 2013 – dell’atto impugnato nei suoi contenuti essenziali e nella sua portata lesiva .

- in questo senso, giova rammentare che, già nella seduta pubblica del 28 giugno 2013, alla quale aveva assistito assistito il soggetto (Votino Giuseppe) all’uopo delegato dalla Irpinia Global Service, il presidente del seggio di gara aveva comunicato la motivata esclusione della ricorrente (“il presidente dà lettura delle motivazioni per le quali la ditta Irpinia Global Service va esclusa (allegato A)”: “la società Irpinia Global Service – recita l’allegato A al verbale di gara n. 2 del 28 giugno 2013 – si è avvalsa di una ditta ausiliaria per il requisito di ordine economico-finanziario del fatturato globale, cumulando a quello proprio parte di quello posseduto dall’impresa ausiliaria (avvalimento parziale) ... tale possibilità è esclusa dall’art. 49, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006”; “il contratto di avvalimento non rispetta le prescrizioni del disciplinare di gara di cui al paragrafo 16, punto 9, ove prevede che il contratto deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico nonché la durata del contratto”);

- inoltre, nella successiva seduta pubblica del 29 giugno 2013, alla quale pure aveva assistito il soggetto (Iazzetta Ferdinando) all’uopo delegato dalla Irpinia Global Service, il presidente del seggio di gara aveva comunicato che, “anche in presenza delle osservazioni formulate nella seduta del 28 giugno 2013, si conferma l’esclusione dalla gara della ditta Irpinia Global Service per le motivazioni di cui all’allegato A al verbale del 28 giugno 2013”;

- ciò posto, occorre, a questo punto, rimarcare che, ai sensi dell’art. 120, comma 5, cod. proc. amm., il termine decadenziale di impugnazione, pari a 30 giorni, decorre “dalla ricezione della comunicazione di cui all’art. 79” del d.lgs. n. 163/2006, “ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell’atto”;

- ora, non è ipotizzabile che tale disposizione ancori la decorrenza del

termine decadenziale di impugnazione degli atti contemplati dal comma 5 dell'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006 (tra cui l'esclusione, sub lett. b) alle sole forme di comunicazione scritta previste dal successivo comma 5 bis (raccomandata con avviso di ricevimento, fax, posta elettronica certificata, notificazione) – come quella impiegata con la nota del 2 luglio 2013, prot. n. 3059 – e non anche a modalità diverse di conoscenza – quale, appunto, quella attuata nella seduta pubblica del 29 giugno 2013 –;

- ed invero, come osservato da Cons. Stato, sez. VI, n. 6531/2011: -- l'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006 è stato novellato dal d.lgs. n. 53/2010, al fine di garantire, attraverso forme puntuali di comunicazione, piena conoscenza e certezza della data di conoscenza in relazione agli atti di gara (segnatamente, esclusioni e aggiudicazioni); -- la norma, tuttavia, da un lato, non prevede le elencate forme di comunicazione come 'esclusive' e 'tassative' e, d'altro lato, non incide sulle regole generali del processo amministrativo, in tema di decorrenza dei termini di impugnazione dalla data di notificazione, comunicazione o comunque piena conoscenza dell'atto; sicché lascia in vita la possibilità che la piena conoscenza dell'atto, al fine del decorso del termine di impugnazione, sia acquisita con altre forme, ovviamente con onere della prova a carico di chi la eccepisce; -- essa neppure ha inteso incidere sulla consolidata giurisprudenza in tema di decorrenza del termine di impugnazione dalla data della seduta pubblica in cui vengono adottati i provvedimenti di esclusione, se alla seduta è presente il rappresentante del concorrente e purché la conoscenza abbia i requisiti di 'pienezza'; -- a sua volta, l'art. 120, comma 5, cod. proc. amm. si riferisce all'impugnazione di tutti gli atti delle procedure di affidamento, e fissa plurime decorrenze dei termini, o dalla ricezione della comunicazione ex art. 79, o, per i bandi, dalla pubblicazione ex art. 66, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006, ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto; -- l'espressione "in ogni altro caso", non va riferita ad 'atti diversi' da quelli

delle procedure di affidamento, e specificamente da quelli di cui all'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006, ma va riferita a 'diverse forme' di conoscenza dell'atto, diverse, cioè, da quelle dell'art. 79 e dell'art. 66, comma 8; -- così interpretato, l'art. 120, comma 5, cod. proc. amm. è coerente con la regola generale dettata dal precedente art. 41, comma 2, secondo cui il termine di impugnazione del provvedimento amministrativo decorre dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza dell'atto; -- pertanto, esso non ha inteso fissare forme tassative di comunicazione degli atti di gara al fine della decorrenza del termine di impugnazione, ma ha inteso ribadire la regola generale secondo cui il termine decadenziale di impugnazione decorre o dalla comunicazione nelle forme di legge, o comunque dalla piena conoscenza dell'atto; -- così, a prescindere dalla comunicazione nelle forme dell'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006, detto termine decorre, comunque, dalla piena conoscenza altrimenti acquisita;

- nella specie, sussistono – come accennato – gli estremi della piena conoscenza dell'atto da impugnare sia nei suoi contenuti essenziali sia nella sua portata lesiva;

- in particolare, già nelle sedute pubbliche del 28 giugno 2013 e del 29 giugno 2013, sono stati comunicati e confermati sia il provvedimento di esclusione sia i motivi a suo fondamento ed era presente il soggetto all'uopo delegato dall'impresa esclusa, identificato nominativamente nel verbale di gara;

- a tale ultimo riguardo, la giurisprudenza afferma che, se l'impresa assiste, tramite proprio rappresentante, alla seduta in cui vengono adottate le determinazioni sulle offerte anomale, è in detta seduta che essa acquisisce la piena conoscenza del provvedimento, ed è dalla data di detta seduta che decorre il termine per impugnare il provvedimento medesimo: la presenza di un rappresentante della ditta concorrente nella riunione nella quale la commissione giudicatrice ha escluso la ditta stessa dalla competizione non

comporta, infatti, ex se, piena conoscenza dell'atto di esclusione ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione, solo qualora non risulti che il rappresentante stesso era all'uopo incaricato oppure rivestiva una specifica carica sociale, onde potersi riferire la conoscenza avuta dal medesimo all'impresa concorrente (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 1217/1999; sez. V, n. 6319/2004; n. 5728/2006; n. 2883/2008);

Considerato, altresì, che:

- anche a prescindere dal superiore rilievo di tardività, il gravame sarebbe, comunque, inammissibile;
- essendo intervenuto il provvedimento di aggiudicazione provvisoria dell'appalto (cfr. verbale di gara n. 3 del 29 giugno 2013), la Irpinia Global Service, senza limitarsi ad impugnarlo, avrebbe avuto l'onere – alla luce del carattere automatico del criterio di aggiudicazione (prezzo più basso) prescelto per la procedura selettiva in discorso e della avvenuta conoscenza da parte sua dell'offerta economica presentata dell'unica ditta ammessa alla selezione (Lavorogna) – di fornire congrui elementi dimostrativi della spettanza alla stessa della medesima aggiudicazione, ove riammessa in gara per effetto dell'invocato annullamento del provvedimento espulsivo (cfr., in tal senso, TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 6403/2007; n. 218/2008);
- in mancanza di tali allegazioni, non è, dunque, dato verificare l'interesse della ricorrente all'impugnazione dei provvedimenti di esclusione e di aggiudicazione provvisoria, né, ai fini della fondatezza della domanda risarcitoria, formulata, peraltro, in termini del tutto generici, la spettanza del bene della vita ambito (ossia l'affidamento dell'appalto), e, quindi, il nesso di causalità tra la condotta asseritamente illegittima e il danno lamentato;

Ritenuto, in conclusione, che:

- stanti i ravvisati profili di tardività e di carenza di interesse, il ricorso in epigrafe deve essere, nel complesso, dichiarato inammissibile, mentre la

- connessa domanda di risarcimento per equivalente monetario va respinta;
- le spese di lite devono seguire la soccombenza e, quindi, essere poste a carico della parte ricorrente;
 - dette spese vanno liquidate in complessivi € 1.500,00 in favore dell'amministrazione resistente;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando:

- dichiara inammissibile il ricorso in epigrafe;
- respinge la connessa domanda di risarcimento per equivalente monetario;
- condanna la Irpinia Global Service s.c.r.l. Onlus al pagamento delle spese di lite, che si liquidano in complessivi € 1.500,00, in favore del Comune di Foglianise.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Corciulo, Presidente FF

Renata Emma Ianigro, Consigliere

Olindo Di Popolo, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/10/2013

IL SEGRETARIO

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

