Pubblicato il 15/07/2019

N. 00836/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00348/2019 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 per il Veneto

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 348 del 2019, proposto da Schema 159 S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Carlin, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Portogruaro, viale Matteotti 8;

contro

Ministero dell'Interno - Prefettura di Venezia - Ufficio Territoriale del Governo, Comune di Vigonza non costituiti in giudizio;

Ministero dell'Interno, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata ex lege in Venezia, piazza S. Marco, 63 (Palazzo ex Rea;

nei confronti

Quadrante Sas di Bozzo Vladimiro e C., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Acerboni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Venezia - Mestre, via Torino 125;

per l'annullamento

del decreto della Prefettura di Venezia - U.T.G. in data 20.2.2019 prot. n° 12689 di aggiudicazione a Quadrante S.a.s. del "servizio mensa obbligatoria in favore del personale di Polizia di Stato che presta servizio presso l'Ufficio Polizia di Frontiera di Venezia Tessera per l'anno 2019 per l'importo di € 14,40 I.V.A. 4 % a pasto", atto trasmesso alla Ricorrente a seguito di richiesta accesso in data 21.2.2019, il giorno 11.3.2019 giusta nota prefettizia prot. n° 17506 dopo presa visione e pagamento costi 8.3.2019;

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Quadrante Sas di Bozzo Vladimiro e C. e di Ministero dell'Interno;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 giugno 2019 il dott. Carlo Buonauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso, notificato a mezzo pec in data 5 aprile 2019 e depositato il successivo 9 aprile 2019, parte ricorrente ha impugnato il decreto prot. n° 12689 con il quale la Prefettura di Venezia - U.T.G. aggiudicava, in data 20.2.2019, a Quadrante S.a.s.

l'affidamento del servizio di mensa obbligatoria per il personale della Polizia di Stato che presta servizio presso l'Ufficio Polizia di Frontiera di Venezia Tessera per il periodo 01.02.2019-31.12.2019.

Nel ricorso si rappresenta quanto segue:

- la società Schema 159 S.r.l, già gestrice di tale servizio nel biennio 2017-2018, partecipava alla procedura negoziata, di cui all'articolo 63 comma 3 del D. Lgs. n° 50/2016, indetta con decreto del 26.9.2018 dalla Prefettura di Venezia che, il 10.12.2018, , recapitava alla ricorrente la lettera di invito prot. n° 84731 per la partecipazione alla procedura;
- Costituito il seggio di gara in data 2.1.2019, prot. n° 95, nella seduta del 8 gennaio la Commissione rilevava la carenza documentale di entrambe le ditte partecipanti con riferimento alla certificazione HCCCP e dava quindi seguito, per entrambe, al soccorso istruttorio ;
- nella seduta del 25 gennaio 2019 la Commissione giudicatrice, procedeva all'esame delle offerte tecniche ed economiche, e dunque, all'attribuzione del punteggio complessivo che era: - Schema 159 s.r.l. punti 88,33 - Quadrante s.a.s. punti 90,46;
- il Rup, congiuntamente alla Commissione di Gara, con verbale del 7.02 chiedeva chiarimenti alla Quadrante, avendo ritenuto anomala l'offerta e successivamente confermava la graduatoria, avendo ritenuto congrua la dichiarazione ex art- 46,47 del DPR 445 del 28/12/2002 sul rispetto dei minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'art. 23 comma 16 del Dlgs n. 5/16;
- il 20.2.2019 la Commissione affidava il servizio a Quadrante, informando la Schema 159 con comunicazione prot. n° 12680;

- la ricorrente inviava il 12.3.2019 e il 20.3.2019 alla Prefettura richiesta di accesso ai documenti consentita in data 1.4.2019, prot. n° 23300.

A supporto del gravame, parte attorea ha dedotto, circa la mancata esclusione della controinteressata, i seguenti motivi di censura:

1. Violazione e falsa applicazione di legge - Eccesso di potere - Difetto di istruttoria - Contraddittorietà - Violazione del disciplinare di gara - Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 D. Lgs. n° 50/2016 - Violazione del principio della par condicio tra le Gareggianti, per difetto di dichiarazione e di verifica ex art. 80 c. 1 Codice Contratti Pubblici

2. . Violazione e falsa applicazione di legge - Violazione e falsa applicazione degli artt. 97, 80, 95, 105, 23 comma 16 D. Lgs. n° 50/2016 - Eccesso di potere - Difetto di istruttoria - Carenza di motivazione, per difetto di idonei chiarimenti richiesti ai sensi dell'art. 97 c. 3, 5 e 6 Codice

Relativamente alla valutazione da parte della Commissione giudicatrice delle offerte tecniche deduce altresì le seguenti censure di: Eccesso di potere - Illogicità e contraddittorietà manifesta - Violazione del disciplinare di gara e dei criteri di valutazione posti dalla Stazione appaltante - Difetto di istruttoria e di motivazione - Disparità di trattamento.

Si è costituito in giudizio il Ministero dell'Interno, depositando memoria con documentazione sui fatti di causa ed eccependo: in rito, l'irricevibilità del ricorso per tardività; nel merito, l'infondatezza del gravame.

Si è costituita in giudizio, altresì, la controinteressata Quadrante S.a.s., depositando memoria con cui ha sollevato la medesima

eccezione di rito già proposta dal Ministero dell'Interno e, nel merito ha poi contestato, la fondatezza dei motivi di ricorso avanzati dalla ricorrente.

Con ordinanza numero 00154/2019 del giorno 16 aprile 2019 è stata respinta l'istanza cautelare.

Con ordinanza numero 2714 del giorno 30 maggio 2019 il Consiglio di Stato Sezione Quinta ha respinto l'appello cautelare proposto.

All'udienza del 13 giugno 2019 la causa veniva trattenuta per la decisione.

Il ricorso è irricevibile per tardività, rivelandosi fondata l'eccezione di rito in tal senso frapposta dall'amministrazione resistente e dalla controinteressata, in quanto la ricorrente aveva piena conoscenza – già alla data del 20.2.2019 – del verbale della Commissione con l'attribuzione del punteggio complessivo pubblicato sul sito della Prefettura in data 22.02.2019, ma ha proposto ricorso con atto notificato a mezzo pec in data 5 aprile 2019.

Ne consegue che l'impugnazione, a fronte del decorso del termine dimidiato, non può che ritenersi tardiva.

La questione del decorso del termine di impugnativa dalla comunicazione dell'aggiudicazione è stata già affrontata e risolta dal Tribunale in recenti arresti (Sentenza Tar Venezia Sez I 562/2019; T.A.R. Veneto, Sez. I, 23 agosto 2017, n. 802), secondo cui, ai sensi dell'art. 120, comma 5, c.p.a., il ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva di appalto pubblico deve essere proposto nel termine di 30 giorni, decorrente dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 D.lgs. n. 163/2006 (oggi disciplinata dall'art. 76, d.lgs. 50/2016).

Occorre qui soggiungere che la comunicazione della decisione di aggiudicazione da parte della stazione appaltante al concorrente non aggiudicatario fa decorrere il relativo termine d'impugnazione anche per tutte le irregolarità asseritamente commesse in precedenza (Corte di Giustizia UE, Sez. V, 8 maggio 2014, C-161/13, § 45 secondo cui «in applicazione del principio della certezza del diritto, in caso di irregolarità asseritamente commesse prima della decisione di aggiudicazione dell'appalto, un offerente è legittimato a proporre un ricorso di annullamento contro la decisione di aggiudicazione soltanto entro il termine specifico previsto a tal fine dal diritto nazionale, salvo espressa disposizione del diritto nazionale a garanzia di tale diritto di ricorso, conformemente al diritto dell'Unione») non registrandosi in tale ipotesi nessun deficit di tutela, giacché tutte le eventuali illegittimità del provvedimento o del procedimento possono essere adeguatamente eccepite con la proposizione dei motivi aggiunti(cfr. ex multis Cons. Stato, Sez. V, 13 marzo 2014, n. 1250 e Cons. Stato, Sez. V, 7 novembre 2012 n. 5645).

Secondo un consolidato orientamento, cui il Collegio presta convinta adesione, la piena conoscenza del provvedimento, da cui decorrono i termini per impugnare, è integrata dalla cognizione dei suoi elementi essenziali, del suo contenuto dispositivo e della sua lesività rispetto agli interessi del ricorrente, senza che sia necessaria la completa acquisizione di tutti gli atti del procedimento e del contenuto integrale della determinazione conclusiva, salva la facoltà di proporre motivi aggiunti ove l'accesso agli atti abbia consentito di acquisire conoscenza di ulteriori profili d'illegittimità dell'atto impugnato.

Sulla base di tali considerazioni, se ne deve trarre che nel caso in esame non possa assumere rilevanza il momento in cui la parte

ricorrente ha avuto accesso agli atti di gara, al fine di stabilire la decorrenza del termine per impugnare, tanto più che l'art. 76 del d.lgs. 50/2016, a differenza del precedente art. 79 del d.lgs n. 163/2006, non prevede una procedimentalizzazione dell'accesso agli atti di gara e dei tempi entro cui tale accesso è consentito, anzi le relative disposizioni sono state consapevolmente eliminate, per cui il termine di 30 giorni previsto dall'art. 120, comma 5, c.p.a. deve decorrere dal momento della comunicazione prevista dall'art. 76, senza necessità della indicazione delle caratteristiche e dei vantaggi dell'offerta selezionata, o della trasmissione dei verbali di gara o di altre informazioni, le quali sono effettuate solo su richiesta dell'offerente interessato.

Diversamente opinando – ovvero facendo decorrere il termine per impugnare l'aggiudicazione definitiva dal momento in cui la parte interessata ha avuto concreto accesso a tutti gli atti di gara – si creerebbe il grave inconveniente di rendere "mobile" ed incerto il dies a quo per la proposizione del ricorso in una materia di rilevante interesse pubblico, qual è quella degli appalti, in cui il legislatore, introducendo un rito accelerato connotato da marcati tratti di specialità (impossibilità di impugnare gli atti con ricorso straordinario al Capo dello Stato; dimidiazione di tutti i termini processuali; svolgimento e definizione del giudizio improntati alla massima celerità; fissazione a breve dell'udienza di merito anche in caso di rigetto dell'istanza cautelare),ha manifestato chiaramente la necessità di privilegiare le esigenze di una sollecita definizione del giudizio rispetto alle esigenze delle parti di disporre di adeguati spazi di difesa e del giudice di adeguata conoscenza della res deducta (in questo

senso cfr. il precedente di questo T.A.R., III sez. n. 1357/2016 e la giurisprudenza ivi citata).

Anche in tal caso, dunque non si pongono dubbi di costituzionalità delle norme coinvolte, trattandosi di una scelta, non irragionevole del legislatore, che nel bilanciamento fra contrapposti interessi ha preferito tutelare maggiormente quello alla celerità dello svolgimento delle gare per l'affidamento di appalti pubblici.

D'altro canto anche il Consiglio di Stato sembra orientato in questo senso, avendo affermato in una recente sentenza che la diversa interpretazione che fissi la decorrenza al momento in cui è conosciuto il vizio che in ipotesi inficia l'aggiudicazione, e che pure possa costituire l'unico vizio, all'esito dell'accesso ai sensi del comma 5-quater del medesimo art. 79, renderebbe mutevole e in definitiva incerto il momento in cui gli atti di gara siano divenuti inoppugnabili, e dunque il momento in cui l'esito di questa possa ritenersi consolidato. Da questa notazione emerge come una simile ricostruzione non possa essere accettata, per via dell'elevato tasso di incertezza sulle procedure di affidamento di contratti pubblici che essa produrrebbe, ed a tutela del quale è posto il termine a pena di decadenza per proporre il ricorso giurisdizionale" (Cons. St., V sez. n. 1953/2017).

Pertanto, non può valere ad escludere la tardività del ricorso proposto oltre il suddetto termine di trenta giorni la circostanza per cui il vizio del provvedimento di aggiudicazione sia stato individuato dal ricorrente soltanto in esito all'accesso agli atti e documenti di gara.

A rafforzamento di quanto detto si consideri anche che l'indefinita posticipazione del termine per proporre ricorso renderebbe di fatto

inapplicabile il termine di stand still previsto dall'art. 32, comma 9, D.lgs. n.50/2016, dovendo il termine di trentacinque giorni per la stipula del contratto essere posticipato rispetto all'evasione di tutte le richieste di accesso.

Le considerazioni che precedono inducono, pertanto, il Collegio a ritenere che il termine di impugnazione di cui all'art. 120, comma 5, c.p.a. decorra dalla data di conoscenza dell'aggiudicazione e non dalla data di effettiva conoscenza dei vizi, con conseguente irricevibilità del gravame alla luce dei datti fattuali sopra riportati.

In conclusione, il ricorso deve essere dichiarato irricevibile per tardività.

Nelle peculiarità delle questioni trattate il Collegio ravvisa, tuttavia, in base al combinato disposto di cui agli articoli 26, comma 1, c. p. a. e 92, comma 2, c. p. c., eccezionali ragioni per l'integrale compensazione delle spese del grado di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara irricevibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 13 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Alberto Pasi, Presidente

Carlo Buonauro, Consigliere, Estensore

Mariagiovanna Amorizzo, Referendario

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**
Carlo Buonauro **Alberto Pasi**

IL SEGRETARIO