

Pubblicato il 28/03/2019

N. 00326/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00464/2018 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 la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso avente numero di registro generale 464 del 2018,
proposto da

- Slem s.r.l., in persona del legale rappresentate *pro tempore*,
rappresentato e difeso in giudizio dall'avv. Riccardo Moschetta, p.e.c.
riccardomoschetta@avvocatinapoli.legalmail.it;

contro

- Comune di Francavilla in Sinni, in persona del Sindaco *pro tempore*, e
Centrale unica di committenza per i comuni di Calvera, Castronuovo
di Sant'Andrea, Carbone, Chiaromonte, Fardella, Francavilla in Sinni,
Teana, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati
e difesi in giudizio dall'avv. Antonio D'Agostino, p.e.c.
avvantoniodagostino@legalmail.it, tutti con domicilio eletto presso la
Studio dell'avv. Francesco Buscicchio, in Potenza, alla piazza della
Costituzione Italiana n. 42;

nei confronti

- C.D.S. Onlus cooperativa sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa in giudizio dall'avv. Paolo Clemente, p.e.c. p.clemente@legalmail.it;
- Top Multiservice s.c.a.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del verbale di gara n. 1 del 19 settembre 2018, nella parte in cui ha disposto l'ammissione al prosieguo della procedura della C.D.S. Onlus cooperativa sociale;
- di tutti i verbali di gara con cui è stata determinata l'ammissione nonché della nota della C.U.C prot. n. 5953 del 28 settembre 2018;
- di ogni ulteriore provvedimento, anche allo stato sconosciuto, relativo alla mancata esclusione della C.D.S. Onlus cooperativa sociale ovvero all'aggiudicazione della gara *de quo*, compreso un eventuale contratto stipulato tra la stazione appaltante e l'impresa aggiudicataria;
- nonché per il risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Francavilla in Sinni e della Centrale unica di committenza intimata;

Visti l'atto di costituzione in giudizio e il ricorso incidentale presentati dalla C.D.S. Onlus cooperativa sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, co. 2-*bis*, cod. proc. amm.;

Relatore, alla pubblica udienza del giorno 20 marzo 2019, il Primo Referendario avv. Benedetto Nappi;

Uditi per le parti i difensori presenti, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Slem s.r.l., con ricorso ritualmente notificato, depositato il 27 ottobre 2018, è insorta, ai sensi dell'art. 120, co 2-*bis*, cod. proc. amm. avverso l'ammissione della controinteressata C.D.S. Onlus cooperativa sociale alla gara per l'affidamento del servizio di mensa scolastica nelle scuole di infanzia, primaria e secondaria di primo grado a tempo pieno dell'I.C. di Francavilla in Sinni.

1.1. In diritto, la ricorrente ha dedotto il motivo di seguito rubricato:

I. Violazione dell'art. 2, punto 3, del capitolato speciale di appalto – erronea ammissione alla procedura di gara della CDS Onlus cooperativa sociale per mancanza di un requisito fondamentale previsto a pena di esclusione ovvero il centro di cottura esterno munito di necessaria autorizzazione sanitaria – erronea applicazione e/o interpretazione della nota prot. n. 6442 del 11 settembre 2018 con cui il comune di Francavilla in Sinni ha chiarito che, relativamente al punto 3 dell'art. 2 riguardo al centro di cottura, lo stesso deve essere adibito specificamente a ristorazione collettiva per mense scolastiche non aperto al pubblico - eccesso di potere della p.a. per manifesta inidoneità del centro di cottura indicato, non essendo idoneo all'espletamento dell'appalto.

2. Gli Enti intimati, costituitisi in giudizio, hanno concluso per l'inammissibilità in rito, e per il rigetto del ricorso nel merito.

2.1. L'impresa controinteressata ha eccepito l'inammissibilità in rito e l'infondatezza del ricorso nel merito.

3. Con atto depositato il 22 novembre 2018 la controinteressata ha proposto ricorso incidentale avverso l'ammissione della ricorrente principale alla procedura.

4. Alla camera di consiglio del 5 dicembre 2018 parte ricorrente ha rinunciato alla trattazione dell'incidentale istanza cautelare.

5. Alla pubblica udienza del 20 marzo 2019 i procuratori delle parti hanno precisato le rispettive posizioni e il ricorso è stato trattenuto in decisione.

6. *In limine litis*, il Collegio ritiene preferibile, in ossequio al principio della ragione più liquida procedere a esaminare prioritariamente il ricorso principale, che è inammissibile, alla stregua della motivazione che segue.

6.1. La Slem s.r.l. ha lamentato l'illegittima ammissione della controinteressata CDS Onlus alla procedura per l'asserita mancanza del «requisito indefettibile del centro di cottura di emergenza, in quanto la SCIA allegata non è idonea all'espletamento del servizio ed in ogni caso perché l'aggiudicataria provvisoria ha falsamente dichiarato "di essere in possesso di autorizzazione sanitaria per l'esercizio dell'attività oggetto dell'appalto"».

La tesi è del tutto fuori asse. Il capitolato speciale disciplina i requisiti soggettivi, tecnici e finanziari per l'ammissione alla procedura comparativa in questione all'art. 4. Ed è di piana evidenza che non è ivi prescritta, men che mai a pena di esclusione, la disponibilità in capo a ciascun operatore economico di un "centro di cottura alternativo".

E' altrettanto evidente l'erroneità della prospettazione di parte ricorrente, secondo cui tale prescrizione si ricaverebbe dall'art. 2, n. 3, dello stesso capitolato. Invero, tale ultima disposizione si limita a

determinare uno dei sub-criteri relativi alla mera attribuzione del punteggio qualitativo, appunto sostanziandolo nella “dotazione di un centro di cottura di emergenza in sede fissa in caso di indisponibilità del centro di cottura comunale regolarmente autorizzato dall’A.S.L. per l’asporto e/o la ristorazione collettiva entro venti minuti dalla sede comunale”.

Ne consegue che, non venendo in considerazione un requisito di ammissione alla procedura, bensì delle pretese irregolarità dell’offerta tecnica, non vi è spazio alcuno per l’applicazione del rimedio di cui all’art. 120, n. 2-*bis*, cod. proc. amm., il quale riguarda i soli provvedimenti che determinano le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali.

7. Dalle considerazioni che precedono discende la declaratoria di inammissibilità del ricorso principale, nonché e conseguentemente quella di improcedibilità del ricorso incidentale.

Per tale ultimo aspetto, ragioni di completezza espositiva inducono il Collegio a talune precisazioni.

L’art. 42 del codice del processo amministrativo reca la qualificazione formale del ricorso incidentale come strumento per la proposizione di “domande”, il cui interesse sorge solo in dipendenza della proposizione del ricorso principale. Si è in tal modo chiarito che tale rimedio può avere un contenuto complesso, ancorché innestato nella matrice comune della “difesa attiva” della parte intimata. In particolare, in relazione alle diverse circostanze, infatti, lo strumento «può assumere la fisionomia dell’atto con il quale la parte intimata: a) formula un’eccezione, eventualmente a carattere riconvenzionale; b) propone una vera e

propria domanda riconvenzionale, diretta all'annullamento di un atto; c) articola una domanda di accertamento pregiudiziale, volta, comunque, a ottenere una pronuncia che precluda l'esame del merito del ricorso principale» (Cons. Stato, A.P., 7 aprile 2011, n. 4).

Questo Tribunale ha già avuto modo di affermare l'ammissibilità del c.d. ricorso incidentale escludente anche nell'ambito del c.d. "rito superspeciale" tratteggiato dagli artt. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis*, cod. proc. amm. (T.A.R. Basilicata, 4 ottobre 2017, n. 621). Tale approdo ha trovato conferma in un condivisibile orientamento del Giudice d'appello, così sintetizzabile: a) la rapidità di celebrazione del contenzioso sulle ammissioni non è pregiudicata dal rimedio di cui all'art. 42, comma 1, c.p.a. che comporta un incremento dei tempi processuali non significativo (30 giorni), equivalente a quello previsto per i motivi aggiunti; b) l'espressa menzione nell'art. 120 comma 2-*bis* c.p.a. del ricorso incidentale, porta a ritenere che la portata di tale rimedio processuale debba intendersi estesa anche agli atti che costituiscono l'oggetto proprio del nuovo rito super-accelerato; c) è preclusa l'attivazione del ricorso incidentale al delimitato fine di dedurre, in sede di impugnazione della successiva aggiudicazione, le censure relative alla fase di ammissione; d) l'esclusione del ricorso incidentale comporterebbe una considerevole compromissione delle facoltà di difesa della parte resistente la quale, vista la contestazione della sua ammissione alla gara, non potrebbe paralizzare in via riconvenzionale l'iniziativa avversaria; e) l'esigenza di concentrazione in un unico giudizio, caratterizzato dalla snellezza e celerità di cui al comma 2-*bis* dell'art. 120, tutte le questioni attinenti alla fase di ammissione ed esclusione dei concorrenti, nel rispetto del principio della parità della armi e

della effettività del contraddittorio, salvaguarda la natura dell'impugnazione incidentale quale mezzo di tutela dell'interesse che sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale (in termini, Cons. Stato, sez. III, 27 marzo 2018, n. 1902; nello stesso senso Cons. Stato, sez. III, 10 novembre 2017, n. 5182).

Ciò nondimeno, anche ove esperito nell'ambito del cennato rito superspeciale (ove potrebbe essere ravvisata la persistenza dell'interesse alla sua decisione, anche in caso di inammissibilità o infondatezza del ricorso principale, al fine di conseguire comunque il risultato dell'esclusione dalla gara del ricorrente principale), il ricorso incidentale resta comunque caratterizzato dalla posizione di subalternità rivestiva dall'autore, che non ha agito per primo e autonomamente, bensì nell'ambito di un rapporto processuale insorto per iniziativa dal ricorrente principale, e ha agito a tutela di un interesse proprio alla conservazione dell'atto impugnato e per prevenire il pregiudizio che gli deriverebbe dall'accoglimento del ricorso principale. Infatti, se privato delle proprie caratteristiche escludenti o paralizzanti, «il rimedio processuale azionato dal concorrente convenuto in giudizio finirebbe per risultare del tutto svincolato e indipendente dal ricorso principale, sia sotto il già esaminato profilo del termine decadenziale della sua introduzione in giudizio; sia sotto il profilo della essenzialità della sua cognizione, poiché il giudice sarebbe chiamato in ogni caso a scrutinare il mezzo incidentale anche in ipotesi di acclarata infondatezza del rimedio principale. Più in generale, il giudice dovrebbe esaminare entrambe le impugnative, indipendentemente dai loro esiti rispettivi, trattandole alla stregua di azioni del tutto autonome e prive di reciproche implicazioni. Dunque, non di “ricorso incidentale” in senso proprio

potrebbe discorrersi, una volta sterilizzatene tutte le più specifiche proprietà che lo configurano come strumento di difesa riconvenzionale, proponibile in via consequenziale all'impugnativa principale» (Cons. Stato, sez. III, n. 5182 del 2017).

7.1. Peraltro, anche a voler qualificare come ricorso autonomo il predetto rimedio incidentale, lo stesso, affidato alla notificazione il 19 novembre 2018, risulterebbe comunque tardivo, avuto riguardo quantomeno alla nota della stazione appaltante prot. 5953 del 28 settembre 2018, con la quale si è dato atto dei concorrenti ammessi alla gara e della c.d. “aggiudicazione provvisoria” in favore dell'odierna controinteressata.

8. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, definitivamente pronunciando

- dichiara inammissibile il ricorso principale;
- dichiara improcedibile, per conseguenza, il ricorso incidentale.

Condanna parte ricorrente alla rifusione delle spese di lite, liquidando le stesse, complessivamente, in € 4.500,00, dei quali € 1.500,00 in favore del Comune di Francavilla in Sinni, € 1.500,00 in favore della Centrale unica di committenza per i comuni di Calvera, Castronuovo di Sant'Andrea, Carbone, Chiaromonte, Fardella, Francavilla in Sinni, Teana, e € 1.500,00 in favore della C.D.S. Onlus cooperativa sociale.

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

Così deciso in Potenza, nella camera di consiglio del giorno 20 marzo 2019, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Pasquale Mastrantuono, Consigliere

Benedetto Nappi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Benedetto Nappi

IL PRESIDENTE
Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO