

N. 06576/2015 REG.PROV.COLL.

N. 02879/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2879 del 2015, proposto da SOCIETA' ELIOSSOLA s.r.l., in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento con le società Eliabruzzo s.r.l., Eurotech s.r.l., Ariane s.r.l. ed Hoverfly s.r.l. (mandanti), nonché dalle SOCIETA' ELIABRUZZO S.R.L., EUROTECH S.R.L., ARIANE S.R.L. e HOVERFLY S.R.L., in proprio e quali mandanti del costituendo raggruppamento con Eliossola s.r.l., tutte in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t. ed elettivamente domiciliate in Roma, via della Panetteria n. 15 presso lo studio dell'avv. Alberico Marracino che le rappresenta e difende nel presente giudizio

contro

TERNA RETE ITALIA S.P.A., in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliata in Roma, viale Parioli n. 180 presso lo studio legale Sanino e rappresentata e difesa nel presente giudizio dagli avv.ti Giancarlo Bruno, Mario Sanino, Franco Coccoli e Laura Palasciano;

nei confronti di

- E+S AIR S.R.L., in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliata in Roma, via Po n. 24 presso lo studio dell'avv. Alessandro Pellegrino che la rappresenta e difende nel presente giudizio;
- SMART ELICOTTERI S.R.L., in persona del legale rappresentante p.t. – non costituita in giudizio

per l'annullamento

dei seguenti atti:

- a) provvedimento con cui Terna Rete Italia s.p.a. ha disposto, in favore del raggruppamento temporaneo da costituirsi tra le società E+S Air s.r.l. (mandataria) e la Smart Elicotteri s.r.l., l'aggiudicazione definitiva della procedura di gara per l'affidamento del "servizio di gestione operativa e logistica di n. 3 elicotteri (di cui 1 in opzione) di tipo Ecureuil AS350B3 e n. 1 elicottero modello AW109 Power (in opzione) di proprietà Terna per esigenze di video ispezioni su elettrodotti";

b) verbali di gara e, in particolare, verbali n. 1 del 04/07/14, n. 2 del 04/08/14, n. 3 del 29/09/14 e n. 4 del 31/10/14;

c) ogni atto connesso e, in particolare, nota del 10/02/15, con cui Terna Rete Italia s.p.a. ha risposto al preavviso di ricorso, e il contratto, ove stipulato,

per la declaratoria d'inefficacia del contratto stesso

e per il risarcimento dei danni;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio degli enti in epigrafe indicati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 aprile 2015 il dott. Michelangelo Francavilla e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in date 13/02/15 e 14/02/15 e depositato il 27/02/15 le società Eliossola s.r.l., in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento con le società Eliabruzzo s.r.l., Eurotech s.r.l., Ariane s.r.l. ed Hoverfly s.r.l. (mandanti), nonché le società Eliabruzzo s.r.l., Eurotech s.r.l., Ariane s.r.l. e Hoverfly s.r.l., in proprio e quali mandanti del costituendo raggruppamento con Eliossola s.r.l., hanno impugnato il provvedimento, con cui Terna s.p.a. ha disposto, in favore del raggruppamento temporaneo da costituirsi tra le società E+S Air s.r.l. (mandataria) e la Smart Elicotteri s.r.l., l'aggiudicazione definitiva della procedura di gara per l'affidamento del "servizio di gestione operativa e logistica di n. 3 elicotteri (di cui 1 in opzione) di tipo Ecureuil AS350B3 e n. 1 elicottero modello AW109 Power (in opzione) di proprietà Terna per esigenze di video ispezioni su elettrodotti", i verbali di gara (in particolare, i verbali n. 1 del 04/07/14, n. 2 del 04/08/14, n. 3 del 29/09/14 e n. 4 del 31/10/14) e ogni atto connesso (tra cui la nota del 10/02/15, con cui Terna Rete Italia s.p.a. ha risposto al preavviso di ricorso, e il contratto, ove stipulato), ed hanno chiesto, altresì, la declaratoria d'inefficacia del contratto stesso e il risarcimento dei danni.

La E+S Air s.r.l. e Terna Italia s.p.a., costitutesi in giudizio con comparse depositate rispettivamente in date 6 marzo 2015 e 10 marzo 2015, hanno chiesto il rigetto del ricorso.

Con atto depositato in data 15 aprile 2015 la società Eliabruzzo s.r.l. ha dichiarato di non avere più interesse alla definizione del giudizio e, quindi, di rinunciare al ricorso.

All'udienza pubblica del 16 aprile 2015 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente il Tribunale ritiene di dovere dichiarare l'improcedibilità del ricorso, per sopravvenuta carenza d'interesse, limitatamente alla posizione della società Eliabruzzo s.r.l..

In data 15 aprile 2015 la predetta società ha depositato un atto con cui ha dichiarato di non avere più interesse alla definizione, nel merito, del presente giudizio, e, quindi, di rinunciare al ricorso.

Il Tribunale rileva che l'atto in esame non può essere formalmente qualificato come rinuncia al ricorso in quanto lo stesso non è stato notificato alle altre parti almeno dieci giorni prima dell'udienza come prescritto dall'art. 84 comma 3° d. lgs. n. 104/2010; tuttavia, il documento in questione comprova la carenza d'interesse – da parte della società Eliabruzzo s.r.l. - alla definizione del giudizio e giustifica la declaratoria d'improcedibilità del gravame in riferimento all'ente predetto.

Nel merito, poi, le altre società in epigrafe indicate, in proprio e quali componenti del costituendo raggruppamento con Eliossola s.r.l. quale mandataria, impugnano il provvedimento, con cui Terna s.p.a. ha disposto, in favore del raggruppamento temporaneo da costituirsi tra le società E+S Air s.r.l. (mandataria) e la Smart Elicotteri s.r.l., l'aggiudicazione definitiva della procedura di gara per l'affidamento del "servizio di gestione operativa e logistica di n. 3 elicotteri (di cui 1 in opzione) di tipo Ecureuil AS350B3 e n. 1 elicottero modello AW109 Power (in opzione) di proprietà Terna per esigenze di video ispezioni su elettrodotti", i verbali di gara (in particolare, i verbali n. 1 del 04/07/14, n. 2 del 04/08/14, n. 3 del 29/09/14 e n. 4 del 31/10/14) e ogni atto connesso (tra cui la nota del 10/02/15, con cui Terna Rete Italia s.p.a. ha risposto al preavviso di ricorso, e il contratto, ove stipulato) e chiedono, altresì, la declaratoria d'inefficacia del contratto e il risarcimento dei danni.

Il Tribunale ritiene che la domanda caducatoria debba essere dichiarata irricevibile, come eccepito dalle parti resistenti.

Secondo l'art. 120 comma 5 d. lgs. n. 104/2010 gli atti delle procedure di affidamento dei contratti pubblici debbono essere impugnati nel termine di trenta giorni decorrente dalla ricezione della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva prevista dall'art. 79 d. lgs. n. 163/2006.

L'art. 79 d. lgs. n. 163/2006 stabilisce, poi, che:

- la stazione appaltante comunica d'ufficio l'aggiudicazione definitiva, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare dette impugnazioni, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se dette impugnazioni non siano state ancora respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva (comma 5 lettera a);

- fermi i divieti e differimenti dell'accesso previsti dall'articolo 13, l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia. Non occorre istanza scritta di accesso e provvedimento di ammissione, salvi i provvedimenti di esclusione o differimento dell'accesso adottati ai sensi dell'articolo 13. Le comunicazioni di cui al comma 5 indicano se ci sono atti per i quali l'accesso è vietato o differito, e indicano l'ufficio presso cui l'accesso può essere esercitato, e i relativi orari, garantendo che l'accesso sia consentito durante tutto l'orario in cui l'ufficio è aperto al pubblico o il relativo personale presta servizio (comma 5 quater).

Il Tribunale, nell'interpretare il combinato disposto delle citate disposizioni, ritiene di dovere aderire all'orientamento giurisprudenziale secondo cui "il termine di trenta giorni per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione non decorre sempre dal momento della comunicazione, di cui ai commi 2 e 5 dell'articolo 79, ma può essere <incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto (che si ritenga) leso dall'aggiudicazione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità laddove questi non fossero oggettivamente evincibili dalla richiamata comunicazione e - comunque - entro il limite dei dieci giorni che il richiamato comma 5-quater fissa per esperire la particolare forma di accesso - semplificato ed accelerato - ivi disciplinata>" (così Cons. Stato sez. III n. 4432/2014; nello stesso senso Cons. Stato sez. V n. 684/2015; Cons. Stato sez. VI ord. n. 790 dell'11/02/13; TAR Sicilia – Palermo n. 473/2015; per l'orientamento più rigoroso che fa decorrere il termine d'impugnazione dalla comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione senza alcuna dilatazione del termine e salva la proposizione di motivi aggiunti si veda Cons. Stato sez. IV n. 143/2015).

L'opzione ermeneutica in esame, infatti, è coerente con l'esigenza di salvaguardare le finalità acceleratorie, a cui è sottesa la dimidiazione dei termini processuali prevista dagli artt. 119 e 120 d. lgs. n. 104/2010, e, nel contempo, di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale dei partecipanti alla gara con la previsione della decorrenza del termine d'impugnazione solo dal momento in cui gli stessi sono stati messi in condizione di conoscere l'effettivo contenuto degli atti della procedura.

In altri termini, il giusto punto di equilibrio tra le esigenze citate è costituito dal riferimento al parametro della conoscibilità degli atti, acquisibile mediante l'esercizio della procedura accelerata di accesso prevista dall'art. 79 comma 5 quater d. lgs. n. 163/2006, mentre subordinare la decorrenza del termine d'impugnazione anche all'effettiva conoscenza acquisita attraverso l'esercizio del diritto di accesso con le modalità ordinarie significherebbe rimettere la decorrenza del termine stesso all'iniziativa della parte, il che è incompatibile con la finalità acceleratoria cui è preordinata la normativa nazionale e comunitaria concernente la tutela giurisdizionale avverso gli atti delle procedure di appalto.

In quest'ottica è da rilevare che la Direttiva n. 2007/66/CE, che "modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici", valorizza, unitamente al principio di effettività della tutela giurisdizionale, anche l'esigenza di una celere definizione delle vicende processuali connesse all'impugnazione degli atti di gara come si evince dalle seguenti disposizioni:

- 25° Considerando secondo cui "la necessità di garantire nel tempo la certezza giuridica delle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori impone di fissare un termine minimo ragionevole di prescrizione o decadenza dei ricorsi allo scopo di far stabilire che il contratto è privo di effetti";

- 27° Considerando che prevede che "nei casi di aggiudicazione mediante affidamento diretto illegittimo, gli operatori economici dovrebbero essere incoraggiati ad avvalersi di questi nuovi meccanismi. Per motivi di certezza giuridica, la possibilità di far valere la privazione di effetti di un contratto è limitata ad un determinato periodo. L'effettività di tali termini dovrebbe essere rispettata";

- art. 1 che modifica la Direttiva 89/665/CEE nel modo che segue: "gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva 2004/18/CE, le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile";

- art. 2 che, nel modificare l'art. 1 della Direttiva 92/13/CEE, stabilisce che "gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati

dalla direttiva 2004/17/CE, le decisioni prese dagli enti aggiudicatori possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile”.

Le stesse decisioni della Corte di Giustizia in materia, ovvero le sentenze del 28 gennaio 2010 in causa C-406/08 (richiamata dalle società ricorrenti ai fini della dedotta tempestività del gravame) e dell'8 maggio 2014 in causa C-161/13, risultano coerenti con la tesi seguita dal Collegio in quanto le stesse, nello stabilire “che il termine per proporre un ricorso diretto a far accertare la violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici ovvero ad ottenere un risarcimento dei danni per la violazione di detta normativa decorra dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della violazione stessa” (sentenza del 28 gennaio 2010), conciliano le esigenze di effettività della tutela giurisdizionale e di certezza delle situazioni giuridiche (quest'ultima specificamente richiamata nella sentenza del 28 gennaio 2010: si vedano i paragrafi 29, 38, 39 e 40) ancorando la decorrenza del termine d'impugnazione alla mera conoscibilità dell'atto (in questo senso deve essere interpretato l'inciso che richiama la data in cui la violazione “avrebbe dovuto essere conosciuta”; così, per altro, Cons. Stato sez. III n. 4432/2014 interpreta le citate sentenze della Corte di Giustizia).

La conoscibilità dell'atto, poi, come già precisato, deve essere valutata in riferimento allo strumento più rapido ed efficace per acquisire la stessa ed identificabile nell'accesso in forma semplificata previsto dall'art. 79 comma 5 quater d. lgs. n. 163/2006; ciò giustifica l'aumento del termine d'impugnazione del numero di giorni necessari (dieci) per esercitare il diritto di accesso con tale modalità (ovviamente nei soli casi in cui il vizio non sia direttamente desumibile dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva).

Non può, sul punto, essere condivisa la tesi di parte ricorrente (pag. 5 della memoria depositata il 31 marzo 2015) secondo cui la piena conoscenza e, comunque, la conoscibilità, rilevanti ai fini della decorrenza del termine d'impugnazione, dovrebbero essere riferite anche alla modalità c.d. “ordinaria” di esercizio del diritto di accesso che in materia di appalti avrebbe pari dignità rispetto a quella c.d. “semplificata” prevista dall'art. 79 c. 5 quater d. lgs. n. 163/2006.

Ed, infatti, la tesi in esame finisce per obliterare del tutto l'esigenza di celerità dei procedimenti giurisdizionali concernenti le procedure di appalto (oggetto, come già evidenziato, di considerazione espressa da parte della normativa comunitaria) in quanto rimette la decorrenza del termine d'impugnazione all'insindacabile decisione del partecipante di esperire – quando lo ritenga opportuno - la c.d. procedura “ordinaria” di accesso.

Quanto fin qui evidenziato induce il Tribunale a ritenere che il termine di trenta giorni per l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, previsto dall'art. 120 d. lgs. n. 104/2010 e decorrente dall'avvenuta comunicazione della stessa, debba essere prorogato (nei soli casi di vizi non desumibili dalla predetta comunicazione) di soli dieci giorni in riferimento al termine necessario per l'esercizio del diritto di accesso informale previsto dall'art. 79 comma 5 quater d. lgs. n. 163/2006.

A fini di completezza il Tribunale rileva che la sentenza del Consiglio di Stato n. 5573/2014 (richiamata dalle ricorrenti nella memoria depositata il 31 marzo 2015) è coerente con l'opzione interpretativa in esame in quanto la stessa, dopo avere dato atto che “nelle azioni di annullamento, la piena conoscenza dell'atto impugnabile, fuori dai casi di pubblicità legale verso terzi non destinatari..., si ha già con la cognizione degli elementi essenziali del provvedimento impugnato” che “s'identificano nel soggetto emanante, nell'oggetto, nel contenuto dispositivo del provvedimento e nel suo effetto lesivo”, evidenzia che, in materia di appalti, il recepimento delle indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia impone di ritenere che il termine d'impugnazione decorra non solo dalla conoscenza degli atti di gara, acquisita tramite l'esercizio del diritto di accesso, ma anche dalla mera “conoscibilità degli stessi”.

Ciò posto, il Tribunale ritiene che la domanda caducatoria, proposta dalle società ricorrenti, debba essere dichiarata irricevibile per tardività come ritualmente eccepito dalle parti resistenti.

Ed, infatti, nella fattispecie la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva alle società ricorrenti è avvenuta il 26 novembre 2014 (circostanza non contestata) mentre la notifica del ricorso risale al 13 febbraio 2015 e, quindi, oltre il termine di 40 giorni ritenuto dal Tribunale applicabile per l'impugnazione degli atti di gara; per esigenza di completezza va rilevato che nella fattispecie le società ricorrenti hanno presentato istanza di accesso solo in data 11 dicembre 2014 ed hanno preso visione ed estratto copia degli atti in data 14 gennaio 2015 (dopo che la stazione appaltante aveva manifestato la disponibilità a consentire l'accesso a decorrere dal 9 gennaio 2015: si vedano gli atti nn. 5, 6 e 7 depositati da Terna Rete Italia s.p.a. il 16 marzo 2015).

Non può, poi, essere condivisa la prospettazione delle ricorrenti che lamentano di non essere state messe in condizione di potere esercitare il c.d. diritto di accesso informale ex art. 79 comma 5 quater d. lgs. n. 163/2006 in quanto la comunicazione di avvenuta aggiudicazione sarebbe stata incompleta perchè priva dell'indicazione dell'ufficio presso cui esercitare l'accesso e dei relativi orari.

La circostanza in esame è smentita, in fatto, dall'esame della comunicazione ex art. 79 comma 5 quater d. lgs. n. 163/2006 del 26/11/2014 nella quale è espressamente indicato il nome del referente da contattare per l'esercizio del diritto di accesso e gli orari di apertura dei competenti uffici.

Da ultimo, il Tribunale ritiene di non potere accogliere l'istanza, formulata dalle società ricorrenti nella memoria conclusionale depositata il 31 marzo 2015 (pag. 7), di rimessione in termini per errore scusabile.

Ed, infatti, nella fattispecie non sussiste il presupposto delle "oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto" richiesto dall'art. 37 d. lgs. n. 104/2010 per la concessione del beneficio; in quest'ottica va rilevato che l'orientamento assolutamente prevalente nella giurisprudenza del Giudice di Appello (Cons. Stato sez. IV n. 143/2015; Cons. Stato sez. V n. 671/2015; Cons. Stato sez. V n. 1250/2014 oltre alle sentenze in precedenza citate) era, al momento della proposizione del gravame (ed è attualmente), nel senso di fare decorrere il termine d'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva dalla comunicazione dell'atto, eventualmente con la proroga di dieci giorni corrispondente al termine necessario per l'esercizio dell'accesso c.d. "informale".

Ne consegue che la convinzione delle società ricorrenti circa la possibilità che il termine d'impugnazione decorra dalla piena conoscenza dell'atto acquisita con le modalità "ordinarie" di esercizio del diritto di accesso non risultava, al momento della proposizione del gravame, supportata da elementi connotati da significatività tale da generare uno stato di "obiettiva incertezza" necessaria, ai sensi dell'art. 37 d. lgs. n. 104/2010, per la configurabilità dell'errore scusabile.

Per questi motivi va dichiarata l'irricevibilità della domanda caducatoria proposta dalle società ricorrenti.

Deve, poi, essere respinta la domanda con cui le ricorrenti hanno chiesto la declaratoria d'inefficacia del contratto in quanto, secondo quanto previsto dagli artt. 121 e 122 d. lgs. n. 104/2010, la pronuncia in esame può essere emessa solo nei casi di annullamento dell'aggiudicazione definitiva, presupposto che, come già evidenziato, non ricorre nella presente fattispecie.

Parimenti inaccoglibile risulta la domanda avente ad oggetto la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno; ed, infatti, a prescindere da ogni valutazione circa il merito delle doglianze formulate nel gravame (rilevanti ai fini della qualificazione dell'ingiustizia del danno), nella fattispecie la mancata rituale proposizione dell'azione caducatoria osta al ristoro patrimoniale richiesto, secondo quanto previsto dagli artt. 30 comma 3 secondo periodo e 124 comma 2 d. lgs. n. 104/2010.

Le società ricorrenti, in quanto soccombenti, debbono essere condannate al pagamento delle spese processuali il cui importo viene liquidato come da dispositivo.

La statuizione in esame riguarda (in applicazione del criterio della c.d. "soccombenza virtuale" su cui Cass. n. 2719/2015) anche la società Eliabruzzo s.r.l., che ha dichiarato di non avere più interesse alla definizione del giudizio;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- 1) dichiara l'improcedibilità del ricorso, per sopravvenuta carenza d'interesse, limitatamente alla posizione della società Eliabruzzo s.r.l.;
- 2) dichiara l'irricevibilità della domanda caducatoria proposta dalle altre ricorrenti;
- 3) respinge le ulteriori domande proposte dalle società ricorrenti;
- 4) condanna tutte le società ricorrenti a pagare, in favore delle parti resistenti costituite, le spese del presente giudizio il cui importo si liquida, per ognuna delle predette parti resistenti, in euro duemila/00, per diritti ed onorari, oltre IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del giorno 16 aprile 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Michelangelo Francavilla, Consigliere, Estensore

Maria Grazia Vivarelli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/05/2015

IL SEGRETARIO

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