

Pubblicato il 24/09/2018

N. 02001/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00674/2018 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 674 del 2018, proposto dal Consorzio OMISSIS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Marzio Nero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alessandro Sutura in Palermo, via XII Gennaio 1/M;

contro

A.S.P. di Agrigento, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Mangano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Nunzio Morello n. 40;

OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Girolamo Rubino, Calogero Ubaldo Marino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Girolamo Rubino in Palermo, via G. Oberdan, 5;

per l'annullamento

- del verbale di gara n. 6808477 del 15 febbraio 2018 dell'ASP di Agrigento – U.O.C. Servizio Provveditorato, con il quale è stata disposta l'esclusione del Consorzio OMISSIS dalla Gara di "Affidamento in concessione della gestione del servizio bar – posto di ristoro e dei distributori automatici di bevande e snack confezionati all'interno del P.O. "San Giovanni di Dio" di Agrigento dell'ASP di Agrigento e concessione dei relativi spazi attrezzati - CIG: 71564709DC;

– della nota prot. n. 31540 del 20 febbraio 2018, con la quale, il RUP ha disposto le ammissioni e le esclusioni alla predetta procedura;

- di tutti i verbali di gara;

- di ogni altro atto presupposto, antecedente, consequenziale e comunque connesso, ivi compreso l'aggiudicazione del suddetto servizio e il contratto nelle eventualmente more stipulato;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della A.S.P. di Agrigento e della Società OMISSIS S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 luglio 2018 il dott. Francesco Mulieri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 29 marzo 2018 e depositato l'11 aprile successivo, il "Consorzio OMISSIS" - premesso di avere partecipato, in forma di "Consorzio Stabile" ai sensi del D.lgs. 50/2016 art. 45 comma 2 lett. c), alla procedura aperta ex art 60 del D.lgs. 50/2016 indetta dalla ASP di Agrigento per l'Affidamento in concessione della gestione del servizio bar posto di ristoro e dei distributori automatici di bevande e snack confezionati all'interno del P.O. "San Giovanni di Dio" e concessione dei relativi spazi attrezzati - ha impugnato gli atti indicati in epigrafe con il quale è stata disposta la sua esclusione dalla predetta procedura.

L'esclusione del Consorzio ricorrente veniva disposta con la seguente motivazione: *"indisponibilità del requisito tecnico richiesto dalla lex specialis (Busta "B" documentazione tecnica – Disciplinare di gara) in quanto le certificazioni prodotte dalla Pulinissa ed afferenti il predetto requisito si riferiscono ad attività espletate da società diverse dalla concorrente (Hassio Servizi e Intorre Vending). Peraltro, il procedimento di verifica ha palesato l'illegittimo e sottaciuto accordo (non essendo stato dichiarato in atti di gara) tra le società indicate dall'ente di certificazione CERTIND SA che risultano essere "legate" da una scrittura privata denominata "accordo di collaborazione", in nessun modo riconducibile agli istituti giuridici propri delle procedure di pubblica evidenza ed inconciliabile con il "DGUE" presentato dal Consorzio Pulinissa che indica come subappaltatore ex art 174, comma 2, del D.lgs 50/2016 e s.m.i. la società Intorre Vending.....omissis.....Quindi viene a determinarsi l'identificazione della società Intorre Vending come "impresa collegata" e non come impresa subappaltante e, quindi, che la partecipazione alla gara della società Consorzio Pulinissa Sicilia è avvenuta in violazione della richiamata norma (D.lgs. 50/2016 e s.m.i.) con conseguente esclusione della stessa società dalla successiva fase di valutazione tecnica operata dalla Commissione Aggiudicatrice anche per detta ulteriore motivazione"* (cfr. verbale di gara del 15 febbraio 2018).

Le censure di parte ricorrente possono essere così sintetizzate.

1) Il Consorzio ricorrente deduce che la produzione di idonea certificazione renderebbe valida l'offerta tecnica formulata dal ricorrente, risultando così garantita la conformità del relativo oggetto rispetto ai requisiti tecnici minimi prescritti dal disciplinare di gara di talché non sarebbe conforme ai principi comunitari (di massima partecipazione alle gare, di ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza) escludere da una procedura concorsuale un concorrente che abbia provato il possesso del requisito della certificazione di qualità aziendale; nel caso di specie l'esclusione dalla gara sarebbe stata disposta nei confronti del Consorzio ricorrente per un supposto vizio attinente alla

documentazione delle certificazioni di qualità, che, invero, sarebbe dimostrato per tabulas essere effettivamente possedute dal ricorrente ed in corso di validità.

2) Secondo parte ricorrente l'art. 174, comma 2 del codice dei contratti pubblici, evocato dalla Stazione appaltante nel provvedimento di esclusione, non potrebbe che essere letto alla luce dell'art. 80 dello stesso codice che sanziona con l'esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto, tra l'altro, gli operatori economici che versino in una situazione di controllo, di cui all'art. 2359 del codice civile, o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, tale da comportare l'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale; nel caso di specie non sussisterebbe nessuno degli elementi richiesti dall'art 2359 c.c. per la configurabilità di una situazione di controllo formale. L'esclusione automatica del ricorrente esorbiterebbe, inoltre, dal principio di proporzionalità atteso che la presenza di un preesistente "accordo di collaborazione" tra il ricorrente ed il subappaltatore potrebbe costituire mero sintomo di collegamento tra le aziende ma, quale mero indizio, non può che essere verificato, insieme ad altri eventuali indizi nel contraddittorio delle parti.

Per resistere al ricorso e sostenere la legittimità degli atti impugnati si sono costituiti la ASP di Agrigento e la controinteressata Società OMISSIS S.r.l., eccependo la irricevibilità del ricorso per tardività nonché la sua infondatezza nel merito.

In vista dell'udienza di merito tutte le parti hanno depositato memorie.

Alla pubblica udienza del 25 luglio 2018, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il Collegio esamina preliminarmente l'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività sollevata sia dalla resistente ASP che dalla Società OMISSIS S.r.l. in quanto proposto oltre i termini prescritti dall'art. 120 comma 2 bis del c.p.a.

L'eccezione è fondata.

Ai sensi dell'art. 120 comma 2 bis del c.p.a. "Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11".

L'art. 29 D.lgs. n. 50/2016 stabilisce poi che "Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell' articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali".

Nella fattispecie in esame, il provvedimento con il quale è stata disposta l'esclusione del Consorzio OISSIS dalla procedura di gara è stato comunicato alla ricorrente in data 20 febbraio 2018 ed è stato pubblicato, in pari data, sul sito della committenza.

Pertanto, dalla predetta data, ha avuto inizio il decorso il termine di 30 giorni previsto dal citato art. 120 comma 2 bis del c.p.a. per l'impugnazione dei provvedimenti di esclusione.

Tuttavia il ricorso in epigrafe è stato notificato alle controparti in data 29 marzo 2018, quando ormai era inutilmente decorso il termine di 30 giorni sopra richiamato.

Ne consegue l'evidente irricevibilità del ricorso all'esame.

Né a diversa conclusione può giungersi (al fine di spostare in avanti la data di decorrenza del termine previsto *ex lege*) considerando la data (1 marzo 2018) nella quale l'Amministrazione resistente ha riscontrato l'istanza di accesso inoltrata dal Consorzio (in data 20 febbraio 2018).

Sul punto, infatti, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di chiarire che "il termine per l'impugnazione del ricorso ha carattere decadenziale e non può essere pertanto interrotto o sospeso per effetto di un'istanza di accesso proposta da parte ricorrente, che finirebbe con l'aggirare la ratio acceleratoria del rito di cui all'art. 120 commi 2 bis e 6 bis, c.p.a., in conformità d'altro canto con l'orientamento già espresso dalla giurisprudenza amministrativa con il rito appalti previgente" (cfr. TAR Calabria- Catanzaro sentenza n. 383/2017).

Il Collegio osserva, inoltre, che come riconosciuto anche dallo stesso Consorzio ricorrente, alla data del 20 febbraio 2018, il delegato dello stesso era presente alla seduta pubblica e, in quell'occasione, apprendeva dell'esclusione dalla gara ed era messo a conoscenza delle ragioni poste a fondamento della contestata esclusione.

Sul punto il Consiglio di Stato ha, di recente, chiarito che in caso di esclusione "la ditta concorrente ben conosce la propria domanda di partecipazione alla gara corredata da tutti gli atti, e quindi è sicuramente in grado di comprendere le ragioni dell'esclusione sin dalla seduta pubblica, mentre nel caso dell'ammissione delle altre ditte concorrenti deve poter conoscere la motivazione del provvedimento di ammissione alla luce della documentazione prodotta per la partecipazione alla gara per poter desumere eventuali profili di illegittimità dell'atto" (Cons. Stato, sez. III, 27 marzo 2018 n. 1902).

Tale orientamento, che il Collegio ritiene di condividere, è peraltro in linea con la *ratio* acceleratoria delle norme processuali previste dall'art. 120 c.p.a., tra cui quella di cui al comma 2 bis, volta alla sollecita definizione del processo in una materia rilevante come quella degli appalti, in piena conformità con il principio di ragionevolezza dei tempi del processo e, in ultima istanza, del principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, che trova eco nell'art. 24 e 113 Cost., oltre che nell'art. 1 c.p.a. (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, n. 696/2017).

Alla luce delle superiori considerazioni il ricorso va dichiarato irricevibile.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da separato dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna il Consorzio ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, liquidate in complessivi € 2.000,00 (duemila/00) oltre accessori come per legge, in ragione di € 1.000,00 (mille/00) oltre accessori da corrispondersi all'Azienda resistente, e di € 1.000,00 (mille/00) oltre accessori da corrispondersi alla controinteressata.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 25 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Cosimo Di Paola, Presidente

Giuseppe La Greca, Consigliere

Francesco Mulieri, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Francesco Mulieri

IL PRESIDENTE
Cosimo Di Paola

IL SEGRETARIO