

N. 01641/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01516/2011 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 Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1516 del 2011, proposto da:

Istituto di Vigilanza La Sicurezza di Paterniti Serafina e Sberna Giuseppe S.n.c., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Fabrizio Filiberto Fiorito e Monica Giunta, e con domicilio eletto in Palermo, via Simone Corleo n. 32, presso lo studio dell'avv. Grazia Dallara;

contro

PATO Ambiente CL 1 S.p.a. in liquidazione, in persona del liquidatore e legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Umberto Ilardo, e con domicilio eletto in Palermo, via Leonardo da Vinci n. 94, presso lo studio dell'avv. Nino Bullaro;

nei confronti di

Sicurtransport S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Fulvio Ingaglio La Vecchia, e con domicilio eletto presso lo studio del predetto legale in Palermo, via Arimondi n. 2/Q;

per l'annullamento

- del verbale di gara del 13 maggio 2011, nella parte in cui la ricorrente è stata esclusa per presunta anomalia dell'offerta presentata nella gara per l'affidamento del servizio di vigilanza armata nei locali dell'ATO Ambiente CL 1 S.p.a., e l'appalto è stato provvisoriamente aggiudicato alla Sicurtransport S.p.a.;
 - del verbale della riunione tenutasi presso l'Ufficio Provinciale del Lavoro di Caltanissetta del 27 aprile 2011 e della relativa nota di convocazione prot. n. 2780 del 22 aprile 2011;
 - di tutti gli atti del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, incluse le note prot. n. 1692 del 31 marzo 2011 e n. 2042 del 28 aprile 2011 a firma del R.U.P.;
 - nonché di tutti gli altri atti ad essi presupposti, successivi e connessi, inclusi, ove esistenti, il provvedimento di aggiudicazione definitiva, il provvedimento definitivo di approvazione degli atti di gara;
- e per l'accertamento e la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more;
- e per la condanna
- al risarcimento dei danni a favore della ricorrente da liquidarsi, anche in via equitativa, nella misura che risulterà in corso di causa;

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'ATO Ambiente CL 1 S.p.a. in liquidazione;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata Sicurtrasnport S.p.a.;

Viste le deduzioni difensive depositate dalla stazione appaltante in data 06.09.2011 e dalla controinteressata in data 07.09.2011;

Visti gli artt. 119 e 120 cod. proc. amm.;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il Referendario Maria Cappellano;

Uditi alla camera di consiglio del giorno 9 settembre 2011 i difensori delle parti costituite, presenti come da verbale;

Visto il disposto di cui agli artt. 60 e 120, comma 6, c.p.a.;

Rilevato che nella medesima camera di consiglio il Collegio, chiamato a pronunciare sulla domanda incidentale di sospensione degli atti impugnati, ha deciso di definire immediatamente il giudizio nel merito, con sentenza in forma semplificata, ai sensi degli artt. 60 e 120 c.p.a., sentiti sul punto i difensori presenti delle parti in causa nel corso dell'udienza camerale, come da verbale, e accertata la sussistenza di tutti i presupposti di legge (cfr. art. 60 citato);

Ritenuto che il ricorso sia irricevibile;

Ritenuto, in particolare che:

- a norma dell'art. 120, comma 5, c.p.a., *"Per l'impugnazione degli atti di*

cui al presente articolo (quelli "delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a pubblici lavori, servizi o forniture) *il ricorso e i motivi aggiunti...devono essere proposti nel termine di trenta giorni*". Tale termine normalmente decorre "dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163";

- risulta dalla documentazione in atti che la stazione appaltante ha comunicato alla ricorrente l'esclusione dalla gara con nota prot. n. 2311 del 13.05.2011, ricevuta via fax in pari data, specificandone la motivazione ("*poiché l'offerta prodotta è stata giudicata, dalla commissione di gara, anormalmente bassa*");

- il ricorso introduttivo del giudizio è stato notificato solo in data 30.06.2011, decorso il termine decadenziale di giorni trenta, di cui al citato art. 120, c. 5, c.p.a., decorrenti dalla comunicazione di esclusione effettuata dalla P.a. ai sensi dell'art. 79 del d. lgs. n. 163/2006;

Ritenuto che a ciò non possa opporsi l'eventuale imperfetta conoscenza del motivo dell'esclusione, atteso che:

- in concreto, la ragione dell'esclusione, sinteticamente espressa nella nota di comunicazione, era chiaramente percepibile dalla ricorrente, avuto riguardo alla pregressa fase di valutazione dell'anomalia dell'offerta, cui la predetta ha partecipato in contraddittorio con la stazione appaltante; fase, nella quale erano stati fatti alla ricorrente i

medesimi rilievi, costituenti parte del tessuto motivazionale dell'esclusione (sgravi contributivi, con calcolo degli oneri previdenziali ed assistenziali pari a zero, sebbene applicati non su tutto il personale, ma su una percentuale del 70 %);

- per giurisprudenza consolidata, si presenta sufficiente, quanto all'onere di impugnativa, che il destinatario della comunicazione venga a conoscenza dell'atto e della sua portata lesiva, potendo poi integrare il gravame con lo strumento del ricorso per motivi aggiunti (cfr., *ex plurimis*, Consiglio di Stato, V, 23 gennaio 2008, n. 138), come, del resto, statuito anche dall'art. 120, comma 5, c.p.a.;

- in applicazione dell'art. 79, comma 5 *quater*, del d. lgs. n. 163/2006, l'accesso agli atti del procedimento, in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del citato art. 79 – tra cui rientra la comunicazione di esclusione dalla gara – è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia; e la stessa norma precisa, nell'ottica acceleratoria propria del rito degli appalti pubblici, che non è necessaria né l'istanza scritta di accesso, né il relativo provvedimento di ammissione all'accesso stesso;

- segue da ciò che entro il suddetto termine legale di dieci giorni, la parte può visionare gli atti, acquisendone piena conoscenza al fine dell'eventuale impugnativa (cfr. Consiglio di Stato, V, 1° settembre 2011, n. 4895);

- a nulla rileva, pertanto, ai fini dello spostamento in avanti del

termine legale per impugnare, la circostanza che la concorrente abbia presentato successivamente formale istanza di accesso agli atti del procedimento;

Ritenuto, *ad colorandum*, che l'azione di annullamento del provvedimento di esclusione sia anche improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse per mancata impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, con inevitabili riflessi anche sulla sorte della domanda di declaratoria dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato, pure proposta da parte ricorrente;

Ritenuto, in particolare, che:

- risulta dalla documentazione in atti che la resistente amministrazione ha adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva, con determinazione n. 40 del 01.06.2011, non comunicata alla parte ricorrente, ma depositata al fascicolo di causa il 06.09.2011; concretandosi così la conoscenza del provvedimento;
- invero, alla camera di consiglio del 09.09.2011 le parti hanno chiesto che la causa venisse posta in decisione - avvertite, peraltro, della possibilità di una definizione con sentenza in forma semplificata - di talché, parte ricorrente non ha ritenuto di impugnare espressamente il provvedimento finale, dichiarando nel corso della discussione orale essere sufficiente il riferimento, in seno al ricorso (notificato il 30.06.2011), a tutti gli altri atti successivi, compreso, se esistente, il provvedimento di aggiudicazione definitiva;

Ritenuto che il generico riferimento all'impugnazione

dell'aggiudicazione definitiva non può essere ritenuto sufficiente, atteso che costituisce onere di chi abbia impugnato un atto infra-procedimentale - quale è il verbale di esclusione dalla gara - impugnare il successivo provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara stessa, costituendo quest'ultimo il provvedimento che definisce il procedimento di gara e consolida la posizione del terzo provvisoriamente aggiudicatario; né può ritenersi idonea a ricomprendere anche tale provvedimento la formula, contenuta nell'epigrafe del ricorso, di inclusione nell'oggetto del gravame del provvedimento di aggiudicazione definitiva "ove esistente", trattandosi di mera clausola di stile, come confermato dalla sua stessa formulazione in termini ipotetici (cfr. Consiglio di Stato, V, 7 dicembre 2005, n. 6991; 15 settembre 2001, n. 4820; T.a.r. Sicilia, Catania, IV, 8 novembre 2008, n. 2034; T.a.r. Lazio, Latina, I, 13 novembre 2007 n. 1198);

Ritenuto, altresì, che, dalla rilevata irricevibilità, nonché improcedibilità del ricorso deriva:

- l'inammissibilità, ai sensi degli artt. 121 e ss. c.p.a., della domanda avente ad oggetto la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, rivestendo carattere pregiudiziale il previo annullamento da parte del giudice del provvedimento di aggiudicazione;
- la reiezione della domanda di risarcimento del danno per equivalente, alla luce dei principi recentemente espressi dalla

giurisprudenza amministrativa (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011 n. 3, cui si rinvia in ossequio al principio di sinteticità degli atti *ex art. 3, comma 2, c.p.a.*); trovando, in particolare, applicazione la regola della non risarcibilità dei danni evitabili con una tempestiva impugnazione del provvedimento lesivo, ai sensi dell'art. 30, comma 3, c.p.a.;

Ritenuto in conclusione che:

- il ricorso debba essere dichiarato in parte irricevibile; in parte improcedibile e, per il resto inammissibile; debba, invece, essere respinto, quanto alla domanda di risarcimento dei danni per equivalente;
- le spese di giudizio seguono, come di regola, la soccombenza, e si liquidano come da dispositivo in favore delle parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte irricevibile, in parte improcedibile; per il resto lo dichiara inammissibile.

Respinge la domanda di risarcimento dei danni.

Condanna l'Istituto di Vigilanza La Sicurezza di Paterniti Serafina e Sberna Giuseppe S.n.c., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, al pagamento delle spese della presente fase del giudizio, che liquida, in favore dell'ATO Ambiente CL 1 S.p.a. in liquidazione e di Sicurtrasnport S.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro*

tempore, in € 1.500,00 ciascuno (euro millecinquecento/00), oltre oneri accessori come per legge

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 9 settembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Federica Cabrini, Presidente FF

Maria Cappellano, Referendario, Estensore

Anna Pignataro, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/09/2011

IL SEGRETARIO

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