

Publicato il 17/11/2017

N. 01234/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00226/2017 REG.RIC.

 logo

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 Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 226 del 2017, proposto da:
Euroristorazione S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Ferasin, Federico
Casa, Fabio Sebastiano, con domicilio eletto presso lo studio
dell'avv. Paolo Casetta in Torino, via Morgari 31;

contro

Comune di Brandizzo, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e
difeso dall'avvocato Adelaide Piterà, con domicilio eletto presso il
suo studio in Torino, piazza Statuto N. 9;

Comune di Montanaro, Centrale Unica di Committenza Istituita Tra
il Comune di Montanaro e il Comune di Brandizzo non costituiti in
giudizio;

nei confronti di

Eutourist New S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Di Ienno, domiciliato ex art. 25 cpa presso la Segreteria T.A.R. in Torino, Via Confienza 10;

per l'annullamento

- della determinazione n. 8 del 19.01.2017 del Responsabile del Settore Politiche Educative e Culturali, Fabrizio Minetti, di “Affidamento servizio di ristorazione nelle scuole dell'obbligo e dell'infanzia, nell'asilo nido, mensa dipendenti c.li: periodo 1.03.2017-31.12.2019; mediante gara a procedura aperta (ai sensi artt. 60, 95, 144 D.Lgs. 50/2016) AGGIUDICAZIONE – Lotto CIG 6743138582” (doc. 2);

- di ogni altro atto a quello connesso per presupposizione o consequenzialità ed in particolare, per quanto qui di interesse, dei verbali di gara (doc. 3), in particolare del verbale n. 6 del 16.12.2016 di approvazione della graduatoria provvisoria di gara, nonché del verbale n. 7 del 9.01.2017.

nonché per

il risarcimento del danno in forma specifica mediante aggiudicazione della gara in favore della ricorrente Euroristorazione S.r.l. e caducazione e/o annullamento e/o declaratoria di nullità e/o di inefficacia del contratto d'appalto (non conosciuto) eventualmente già stipulato tra la Stazione appaltante e l'aggiudicataria Eutourist New S.r.l.;

in via subordinata della condanna degli Enti resistenti al risarcimento del danno per equivalente ex art. 124 D. Lgs. 104/2010, comprensivo del danno emergente, del danno professionale e del lucro cessante, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Brandizzo e di Eutourist New S.r.l.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 ottobre 2017 la dott.ssa Silvana Bini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente ha partecipato alla gara per l'affidamento del servizio di ristorazione nelle scuole dell'obbligo, dell'infanzia, dell'asilo nido, della mensa dipendenti comunali, indetta dal Comune di Brandizzo.
L'importo posto a base d'asta della gara, da aggiudicare con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, era di € 1.392.510,00 oltre Iva, di cui € 1.710,00 per costi DUVRI, non soggetti a ribasso.
In data 20.01.2017 il Comune di Brandizzo inviava comunicazione a mezzo PEC alla quale allegava la determinazione di intercorsa aggiudicazione dell'appalto ad Eutourist New S.r.l.
Nella comunicazione, si dà atto che Euroristorazione è classificata seconda alle spalle dell'aggiudicataria, con uno scarto di punteggio minimo, indicando tutti i punteggi (a fronte di 93,15 punti complessivi conseguiti da Eutourist New, Euroristorazione otteneva 92,35 punti, con una differenza di soli 0,80 punti).
Sempre in data 20.01.2017 Euroristorazione presentava istanza di accesso agli atti, con cui chiedeva la consegna della documentazione

di gara, in particolare dei verbali e della documentazione tecnica ed economica prodotta dall'aggiudicatario, nonché di ogni altro atto della procedura.

Dall'esame della documentazione emergeva la mancanza dei giustificativi della verifica di anomalia disposta dalla amministrazione, che veniva pertanto richiesta in data 16.02.2017 e messa a disposizione in pari data.

La ricorrente, prima dell'articolazione dei motivi, rileva la tempestività del ricorso, affermando che l'amministrazione ha reso disponibile il 14 febbraio 2017 l'offerta tecnica e quella economica dell'aggiudicataria e poi, il 16 febbraio, gli atti della verifica di anomalia disposta all'esito della procedura di gara.

Da tale data fa quindi decorrere il termine per l'impugnazione, che, secondo tale tesi, verrebbe tempestivamente radicata, essendo il ricorso stato notificato in data 10.3.2017 e depositato il 15.3.2017.

Il Comune di Brandizzo ha infatti comunicato in data 20.01.2017 la sola intercorsa aggiudicazione disposta in favore di Eutourist New, ma tale comunicazione non può certo ritenersi sufficiente al fine di consentire la conoscenza dei vizi.

Avverso gli atti di gara sono articolati i seguenti motivi:

1) (rubricato con il n. 2): violazione e falsa applicazione dell'art. 97 D.Lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, in specie dell'art. 17 del Disciplinare di gara ove prevede l'esclusione delle offerte anomale. Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza ed ingiustizia manifesta. Eccesso di potere per difetto dei presupposti e carenza di istruttoria: la stazione appaltante si è obbligata alla verifica dell'anomalia, che tuttavia non ha condotto correttamente. Infatti emergerebbe una anomalia non giustificata

rispetto al costo del personale, per il costo eccessivamente basso delle ore supplementari. Risulterebbe altresì non giustificata la voce del personale addetto al servizio, poiché non vengono indicati con esattezza i dati del personale, né i pasti effettivamente prodotti;

2) (rubricato con il n. 3) violazione e falsa applicazione dell'art. 19 del Disciplinare di gara ove prevede la indicazione del piano di organizzazione del personale. Doverosa esclusione per indeterminatezza dell'offerta presentata da Eutourist New. Eccesso di potere per illogicità ed ingiustizia manifesta. Eccesso di potere per difetto dei presupposti e carenza di istruttoria: l'offerta tecnica della Eutourist New presenta evidenti profili di indeterminatezza con riferimento al piano di organizzazione del personale, perché l'aggiudicataria avrebbe omesso di indicare l'organico degli addetti da destinare ai servizi appaltati dal Comune di Brandizzo;

3) (rubricato con il n.4): ulteriore profilo di violazione e falsa applicazione dell'art. 97, comma 5, punto c) D.Lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 comma 10 D. Lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, in specie dell'art. 17 del Disciplinare di gara ove prevede l'esclusione delle offerte anomale, eccesso di potere per illogicità ed ingiustizia manifesta, eccesso di potere per difetto dei presupposti e carenza di istruttoria: l'anomalia dell'offerta di Eutourist New emerge anche sotto l'ulteriore profilo dei costi relativi alla sicurezza aziendale, che ammontano ad € 1.464,00, ma risulterebbe che abbia dichiarato in sede di verifica di anomalia (€ 1.438,14), importo comunque sottostimato;

4) (rubricato con il n.5): ulteriore profilo di violazione e falsa applicazione dell'art. 97 D.Lgs. 50/2016, violazione e falsa

applicazione della *lex specialis* di gara, in specie dell'art. 17 del Disciplinare di gara ove prevede l'esclusione delle offerte anomale, eccesso di potere per illogicità ed ingiustizia manifesta, eccesso di potere per difetto dei presupposti e carenza di istruttoria: la Eutourist New non ha giustificato i costi per le migliori offerte in gara, ricompresi nell'ambito dei costi generali dell'appalto;

5) (rubricato con il n.6): violazione e falsa applicazione dell'art. 9 del Disciplinare di gara e dell'art. 83 D.Lgs. 50/2016. Eccesso di potere per illogicità ed ingiustizia manifesta. Eccesso di potere per difetto dei presupposti e carenza di istruttoria: la dichiarazione bancaria presentata attestante l'affidabilità e la solvibilità non presentava i requisiti previsti dall'art. 9 del Disciplinare di gara;

6) (rubricato con il n.7): violazione e falsa applicazione art. 14 del Capitolato di gara e dell'art. 94 D.Lgs. 50/2016. Offerta non rispondente alle prescrizioni minime previste dalla *lex specialis*. Eccesso di potere per carenza dei presupposti e difetto di istruttoria: l'offerta prodotta da Eutourist New avrebbe dovuto essere esclusa altresì per inidoneità a garantire la corretta esecuzione del servizio secondo le prescrizioni minime indicate dalla *lex specialis*, come risultante espressamente da dichiarazione resa dalla concorrente in offerta tecnica.

Si sono costituite in giudizio l'Amministrazione comunale intimata e la controinteressata, sollevando l'eccezione di tardività del ricorso e nel merito chiedendo il rigetto.

All'udienza pubblica del 25 ottobre 2017, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

II) Il ricorso di primo grado è stato notificato in data 10.3.2017, oltre i 30 giorni di rito, dalla comunicazione ex art 76 comma V CCP avvenuta in data 20 gennaio 2017.

Secondo la tesi di parte ricorrente il termine deve essere fatto decorrere dal giorno in cui ha avuto conoscenza dell'offerta tecnica e di quella economica dell'aggiudicatario (il 14 febbraio) e dell'esito della verifica di anomalia (il 16 febbraio).

Il Collegio ritiene fondata l'eccezione di irricevibilità del ricorso.

Il nuovo codice disciplina puntualmente la modalità di comunicazione ai concorrenti degli atti di gara. Per quanto attiene l'aggiudicazione, l'art 76 comma V stabilisce che "Le stazioni appaltanti comunicano d'ufficio immediatamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni:

a) l'aggiudicazione, 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 impugnazione, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se tali impugnazioni non siano state respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva".

La norma va poi coordinata con l'art. 98 del d.lgs. 50/2016, in base al quale "le stazioni appaltanti che hanno aggiudicato un contratto pubblico o concluso un accordo quadro inviano un avviso secondo le modalità di pubblicazione di cui all'articolo 72, conforme all'allegato XIV, Parte I, lettera D, relativo ai risultati della procedura di aggiudicazione, entro trenta giorni dalla conclusione del contratto o dalla conclusione dell'accordo quadro".

Nel caso in esame la stazione appaltante ha inviato in data 20.1.2017 una comunicazione contenente l'estratto del verbale di gara con la graduatoria finale, con i punteggi delle offerte tecniche ed economiche, indicando altresì il sito ove consultare la versione integrale del verbale di gara.

La comunicazione è conforme a quanto disposto dalle norme, per cui il termine di impugnazione non poteva che decorrere dalla data in cui la stessa è stata inviata.

Sotto il vigore della precedente disciplina, l'orientamento prevalente stabiliva che ai sensi del combinato disposto dei commi 5 e 5-bis dell'art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006, il termine per l'impugnativa avverso l'aggiudicazione non decorre prima che la comunicazione dell'aggiudicazione sia fatta secondo le inderogabili forme del comma 5-bis, e cioè con il corredo della relativa motivazione, a sua volta espressa attraverso "gli elementi di cui al comma 2, lettera c)" (Cons. Stato, V, 13 febbraio 2017, n. 592). Ciò perché solo attraverso le forme tipiche di legge i concorrenti "dispongono di informazioni adeguatamente dettagliate in ordine alle caratteristiche dell'offerta dell'aggiudicataria (e ciò, all'evidente fine di evitare che le imprese lese dall'aggiudicazione si trovino in condizione di dover impugnare un provvedimento di aggiudicazione del quale non conoscano le caratteristiche effettive e in relazione al quale non siano in grado di articolare difese compiute)".

Per contro, solo laddove la comunicazione non sia rispondente ai requisiti di legge è consentito al ricorrente di giovare dell'ulteriore termine di 10 giorni previsto per l'accesso agli atti di gara ai sensi del citato comma 5-quater dell'art. 79 d.lgs. n. 163 del 2006 (cfr. Cons. Stato, III, 25 novembre 2014, n. 5830; V, 10 febbraio 2015, n. 864).

L'art. 79, comma 5-quater, aggiunto dall'art. 2, comma 1, lett. d), d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53 aveva istituito una ipotesi di accesso nello specifico settore delle gare pubbliche, con caratteristiche di specialità rispetto all'accesso ordinario all'epoca vigente ex art. 22 e ss. L. n. 241-1990.

Ciò significa che i 10 giorni erano preordinati a permettere al concorrente di acquisire gli elementi eventualmente mancanti e solo in tale ipotesi e a tali condizioni era ammissibile l'eccezionale differimento dell'ordinario termine perentorio di impugnazione applicabile in materia di appalti.

Peraltro, come ha osservato il Consiglio di Stato (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 30 ottobre 2015, n. 4982) è comunque irricevibile il ricorso giurisdizionale proposto per l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva di gara pubblica e notificato oltre il termine di 30 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione stessa, effettuata ai sensi dell'art. 79, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, non essendo applicabile l'ulteriore termine di 10 giorni per l'accesso alla documentazione previsto dall'art. 79 comma 5-quater, cit. d.lgs. n. 163 del 2006 e, quindi, per avere conoscenza dei vizi procedurali denunciati, ove risulti che il ricorrente ha già avuto notizia dei verbali delle sedute riservate della commissione giudicatrice, e dei punteggi assegnati alle ditte concorrenti per il merito tecnico ed era stata formata la graduatoria finale, atteso che in questa situazione il ricorrente già disponeva di tutte le informazioni essenziali per presentare il ricorso (Cons. Stato sez. V, 27/04/2017, n. 1953).

Oggi la mancata riproposizione nell'art. 76 CCP dei commi 5 bis e quater contenuti nell'art. 79 cit. non solo esclude la possibilità di riconoscere la dilazione di 10 giorni del termine per impugnare, e

cioè di 40 giorni decorrenti dall'avviso eventualmente carente dei requisiti, ma porta a ritenere che il legislatore voglia fare decorrere il termine dalla comunicazione, quando questa riporta gli elementi essenziali, cioè i dati da cui dedurre le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto, in linea con l'orientamento consolidato in giurisprudenza secondo cui la piena conoscenza del provvedimento – da cui decorre il termine decadenziale per proporre ricorso – è integrata dalla cognizione dei suoi elementi essenziali, del suo contenuto dispositivo e della sua lesività rispetto agli interessi del ricorrente, senza che, per contro, sia necessaria la completa acquisizione di tutti gli atti del procedimento e del contenuto integrale della determinazione conclusiva (cfr., ex plurimis, C.d.S., Sez. IV, 14 giugno 2016, n. 2565; id., Sez. V, 7 agosto 2015, n. 3881; id., Sez. III, 16 giugno 2015, n. 3025).

Il legislatore ha voluto ancorare l'impugnazione al momento della comunicazione da parte della stazione appaltante, ritenendo che questa (quando contiene gli elementi prescritti dalle sopra citate disposizioni), garantisca la conoscenza della situazione di lesività, anche al fine di rispettare la ratio acceleratoria del rito degli appalti.

Nondimeno, è altrettanto pacifica la facoltà di proporre motivi aggiunti, ove l'accesso agli atti abbia consentito di avere conoscenza di ulteriori profili di illegittimità dell'atto impugnato (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. VI, 30 novembre 2015, n. 5398).

Poiché nel caso in esame la stazione appaltante ha inviato la prescritta comunicazione, contenente non solo gli elementi previsti dalla disposizione, ma anche l'indicazione del sito ove consultare il

verbale, il termine non può che farsi decorrere dal 20.1.2017, per cui il ricorso risulta notificato oltre il termine di legge.

III) Il ricorso va quindi dichiarato irricevibile.

Le spese di giudizio possono essere compensate, in considerazione della novità della questione giuridica affrontata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), 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 Torino nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Silvana Bini, Consigliere, Estensore

Roberta Ravasio, Consigliere

L'ESTENSORE
Silvana Bini

IL PRESIDENTE
Domenico Giordano

IL SEGRETARIO