



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 82 del 2012, proposto da:

New Dragonda Sas, rappresentata e difesa dall'avv. Rosella Ferrara, con domicilio eletto presso la Segreteria di questo Tribunale, in Pescara, via Lo Feudo, 1;

contro

Comune di Francavilla al Mare, rappresentato e difeso dall'avv. Barbara Rapino, con domicilio eletto presso Roberta Fontana in Pescara, via Alento, 127;

nei confronti di

Asd California Fitness Club e Asd Polisportiva Francavilla, rappresentate e difese dall'avv. Manuel De Monte, con domicilio eletto presso Manuel De Monte in Pescara, via delle Caserme, 85;

per ottenere

- l'annullamento della determina dirigenziale 6 dicembre 2011, n. 1519, con la quale il Dirigente della Ripartizione LL.PP. del Comune di Francavilla al Mare ha approvato i verbali della gara indetta per l'affidamento del servizio di gestione del palazzetto dello sport Valle Anzuca ed ha affidato tale servizio all'a.t.i. costituita tra le associazioni sportive dilettantistiche California Fitness e Polisportiva Francavilla; nonché degli atti presupposti e connessi.

- la condanna dell'Amministrazione intimata al risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Francavilla al Mare e delle Asd California Fitness Club e Polisportiva Francavilla;

Visto il ricorso incidentale proposto dalle controinteressate;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza collegiale 22 marzo 2012, n. 53, con la quale è stata respinta la domanda incidentale di sospensione del provvedimento impugnato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 ottobre 2012 il dott. Michele Eliantonio e uditi l'avv. Rosella Ferrara per la società ricorrente, l'avv. Barbara Rapino per il Comune resistente e l'avv. Manule De Monte per le società controinteressate e ricorrenti incidentali;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Francavilla al Mare ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione del palazzetto dello sport Valle Anzuca, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta più vantaggiosa. Tale gara è stata provvisoriamente aggiudicata il 29 novembre 2011 all'a.t.i. costituita tra le associazioni sportive dilettantistiche California Fitness e Polisportiva Francavilla.

La società New Dragonda s.a.s., che aveva partecipato a tale gara e che era stata collocata al secondo posto della graduatoria in questione, riferisce con il presente gravame quanto segue:

- di aver acquisito il 12 dicembre 2011, a seguito di presentazione di istanze di accesso, copia dei verbali di gara e di nomina della Commissione;
- di aver ricevuto in data 21 dicembre 2011 una comunicazione del Responsabile del Procedimento con la quale la si informava del fatto che con determina 6 dicembre 2011, n. 1519, il Dirigente della Ripartizione LL.PP. del Comune di Francavilla al Mare aveva affidato il servizio in parola alla predetta a.t.i. "per l'importo annuo di € 21.000";
- di aver chiesto il giorno successivo l'accesso agli atti di gara ed, in particolare, all'offerta presentata dalla vincitrice della gara;
- di aver proposto il 13 gennaio 2012 ricorso a questo Tribunale per l'adozione di misura monocratica ante causam al fine di ottenere l'accesso agli atti di gara;
- di avuto potuto prendere visione di tali atti solo il 26 gennaio successivo, in ottemperanza del decreto presidenziale ante causam 13 gennaio 2012.

Con il ricorso in esame, notificato il 25 febbraio 2012, la società in parola è insorta dinanzi questo Tribunale avverso la predetta determina dirigenziale di aggiudicazione della gara, nonché avverso tutti gli atti presupposti e connessi.

Ha dedotto le seguenti censure:

- 1) che le associazioni sportive alle quali il servizio era stato aggiudicato avrebbero dovuto essere escluse dalla gara in quanto, in violazione dell'art. 37, IV comma, del codice dei contratti pubblici, non avevano specificato le parti del servizio che ciascuna di loro avrebbe eseguito;
- 2) che la fidejussione prestata era intestata all'a.t.i., cioè ad un soggetto all'epoca non era ancora esistente;
- 3) che tali associazioni sportive, in base disposto dell'art. 1 del disciplinare di gara avrebbero dovuto essere escluse in quanto non erano iscritte alla Camera di Commercio ed, in particolare, al repertorio economico amministrativo (R.E.A.);
- 4) che la Polisportiva Francavilla aveva falsamente dichiarato che nel triennio precedente non vi erano state cessazioni dalla carica degli amministratori, mentre in realtà il 1° luglio 2009 il Presidente ed il vice presidente erano stati sostituiti, per cui anche tali precedenti amministratori avrebbero dovuto fornire le dichiarazioni di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici.

Ha chiesto, altresì, la condanna dell'Amministrazione intimata al risarcimento in forma specifica, aggiudicando la gara alla ricorrente, o, in subordine, al risarcimento per equivalente.

Tali doglianze la parte ricorrente ha ulteriormente illustrato con memorie depositate il 13 gennaio ed il 9 ottobre 2012.

Il Comune di Francavilla al Mare si è costituito in giudizio e con memoria depositata il 19 marzo 2012 ha diffusamente confutato il fondamento delle censure dedotte.

Si sono anche costituite in giudizio le associazioni sportive dilettantistiche California Fitness e Polisportiva

Francavilla, le quali - dopo aver eccepito la tardività e la mancanza di pregio del gravame - con ricorso incidentale hanno dedotto che la ricorrente avrebbe dovuto essere a sua volta esclusa dalla gara in quanto:

- 1) non aveva dimostrato il possesso di adeguata capacità finanziaria ed economica;
- 2) dal certificato di iscrizione alla Camera di Commercio risultava che non svolgeva alcuna attività;
- 3) la cauzione provvisoria prestata era priva di firma e della data del pagamento del premo.

Tali censure le ricorrenti incidentali hanno ulteriormente illustrato con memoria depositata il 9 ottobre e con memoria di replica depositata il 13 ottobre 2012.

Alla pubblica udienza del 25 ottobre 2012 mentre le controinteressate hanno ulteriormente eccepito l'inammissibilità del ricorso in ragione della mancata impugnativa del silenzio-rigetto formatosi sul preavviso di ricorso presentato ai sensi dell'art. 243-bis del codice dei contratti pubblici, la ricorrente ha evidenziato che l'esecuzione in forma specifica non era oggettivamente più possibile in relazione alle vicende successivamente intervenute in sede di esecuzione del contratto. La causa è stata quindi trattenuta a decisione.

DIRITTO

Il ricorso in esame - come sopra esposto - è diretto avverso la determina 6 dicembre 2011, n. 1519, con la quale il Dirigente della Ripartizione LL.PP. del Comune di Francavilla al Mare ha approvato i verbali della gara indetta per l'affidamento del servizio di gestione del palazzetto dello sport Valle Anzuca ed ha affidato tale servizio all'a.t.i. costituita tra le associazioni sportive dilettantistiche California Fitness e Polisportiva Francavilla. Con il ricorso la ricorrente, collocata al secondo posto della graduatoria redatta dall'apposita commissione di gara, ha anche chiesto l'annullamento di tutti gli atti presupposti e connessi e la condanna dell'Amministrazione intimata al risarcimento dei danni.

L'eccezione di tardività del gravame, proposta della parte controinteressata, è fondata.

Questa, invero, ha evidenziato che l'attuale ricorrente - che per sua stessa ammissione aveva avuto piena conoscenza dell'aggiudicazione impugnata in data 21 dicembre 2011 (quando, cioè, ha dichiarato di aver ricevuto la comunicazione del Responsabile del Procedimento con la quale la si informava del fatto che il 6 dicembre era stata disposta l'aggiudicazione della gara) - ha proposto la presente impugnativa solo il 25 febbraio 2012, cioè ben oltre il termine di 30 giorni di cui al n. 5 dell'art. 120 del codice del processo amministrativo.

Va, invero, al riguardo ricordato che l'art. 79, punto 5, del codice dei contratti pubblici ha imposto alla Stazione appaltante di comunicare d'ufficio l'aggiudicazione definitiva "tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni", a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara; mentre il successivo n. 5-bis, dello stesso articolo puntualizza, testualmente, che tali comunicazioni "sono fatte per iscritto, con lettera raccomandata con avviso di ricevimento o mediante notificazione o mediante posta elettronica certificata ovvero mediante fax" e che la comunicazione "è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione" e che tale onere può essere assolto anche "mediante l'invio dei verbali di gara".

L'art. 120 del codice del processo amministrativo, nel disciplinare a sua volta l'impugnativa dei provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di lavori pubblici, servizi e forniture, ha oggi previsto al n. 5 che il ricorso avverso tali atti deve essere proposto "nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163" o dalla conoscenza dell'atto.

Ora, interpretando tale normativa, la giurisprudenza, dopo aver chiarito che tale normativa è stata introdotta al fine di garantire piena conoscenza e certezza della data di conoscenza in relazione agli atti di gara, ha anche avuto modo di precisare che tale art. 79, da un lato non prevede le predette forme di comunicazioni come "esclusive" e "tassative" e dall'altro lato non incide sulle regole processuali generali del processo amministrativo, in tema di

decorrenza dei termini di impugnazione dalla data di notificazione, comunicazione o comunque piena conoscenza dell'atto; per cui tale norma lascia in vita la possibilità che la piena conoscenza dell'atto, al fine del decorso del termine di impugnazione, sia acquisita con altre forme, ovviamente con onere della prova a carico di chi eccepisce l'avvenuta piena conoscenza con forme diverse da quelle di cui all'art. 79 medesimo (Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 6531). Tale termine d'impugnazione, è stato poi autorevolmente chiarito, si applica anche per le gare d'appalto indette in epoca anteriore all'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo e non dal momento, eventualmente successivo, in cui la stazione appaltante abbia concluso con esito positivo la verifica del possesso dei requisiti di gara in capo all'aggiudicatario, e ciò in quanto l'aggiudicazione definitiva da un lato fa sorgere in capo all'aggiudicatario un'aspettativa alla stipulazione del contratto di appalto, che è ex lege subordinata all'esito positivo della verifica del possesso dei requisiti; nel contempo, il medesimo atto produce nei confronti degli altri partecipanti alla gara un effetto immediato, consistente nella privazione definitiva, salvo interventi in autotutela della stazione appaltante o altre vicende comunque non prevedibili né controllabili, del bene della vita rappresentato dall'aggiudicazione della gara (Cons. St., ad. plen., 31 luglio 2012, n. 31).

Con la conseguenza che la successiva conoscenza, in base ai documenti acquisiti successivamente, di ulteriori vizi del procedimento di aggiudicazione di appalto pubblico abilita la partecipante alla gara che non sia risultata vincitrice alla proposizione di motivi aggiunti, ma non determina lo spostamento in avanti del termine decadenziale per l'introduzione del ricorso, il cui dies a quo, con la predetta disposizione di chiaro contenuto prescrittivo e non derogabile in base ad interpretazioni sistematiche e manipolative, è collegato alla data di ricezione della comunicazione degli atti aggiudicazione della gara di cui al predetto art. 79 (Cons. St., sez. III, 24 aprile 2012, n. 2407).

Ciò posto, va ricordato in punto di fatto che la ricorrente, per sua stessa ammissione, ha acquisito piena conoscenza sia della intervenuta aggiudicazione, che degli elementi essenziali della stessa, in data 21 dicembre 2011. Infatti, nel gravame precisa da un lato di aver acquisito il 12 dicembre 2011, a seguito di presentazione di istanze di accesso, copia dei verbali di gara e di nomina della Commissione e dall'altro di aver ricevuto in data 21 dicembre 2011 una comunicazione del Responsabile del Procedimento con la quale la si informava del fatto che con determina 6 dicembre 2011, n. 1519, il Dirigente della Ripartizione LL.PP. del Comune di Francavilla al Mare aveva affidato il servizio in parola alla predetta a.t.i. "per l'importo annuo di € 21.000".

Di conseguenza, potendo la piena conoscenza farsi di certo risalire al 21 dicembre 2011, la società in questione avrebbe dovuto proporre il ricorso avverso tale aggiudicazione nei trenta giorni successivi; per cui il ricorso in esame, che è stato proposto solo il 25 febbraio 2012 deve ritenersi tardivo.

Né appaiono rilevanti le difese svolte al riguardo dalla ricorrente, che ha messo in rilievo il fatto che la predetta comunicazione non le era stata inviata con raccomandata e con aveva in allegato la deliberazione impugnata e che non le era stato consentito l'accesso all'offerta presentata dalla vincitrice della gara.

In quanto, relativamente alle prime, va evidenziato che l'obbligo previsto dal predetto art. 79 di comunicare l'avvenuta aggiudicazione definitiva al secondo classificato entro un termine non superiore a cinque giorni, non è assistito da alcuna espressa sanzione e non incide sulla legittimità dell'aggiudicazione, ma solamente sulla decorrenza del termine per l'impugnazione, anche in ragione della natura ordinatoria del termine in questione, determinando, in caso di sua inosservanza, lo spostamento in avanti di quest'ultimo termine (T.A.R. Campania, sede Napoli, sez. I, 5 giugno 2012, n. 2629, e T.A.R. Puglia, sez. Lecce, sez. III, 18 aprile 2012, n. 706). Inoltre, è certamente conforme al modello delineato nell'art. 79, comma 5 bis, in parola la comunicazione di avvenuta aggiudicazione definitiva che contenga l'indicazione del provvedimento di aggiudicazione, della ditta individuata come aggiudicataria e degli aspetti caratterizzanti l'offerta prescelta (T.A.R. Campania, sede Napoli, sez. I, 5 giugno

2012, n. 2629), tanto più ove si consideri che da tempo la ricorrente era in possesso dell'aggiudicazione provvisoria, dei verbali di gara e dell'atto di nomina della Commissione di gara.

Quanto, poi, agli ostacoli frapposti dalla Stazione appaltante all'accesso all'offerta della vincitrice, va ribadito che tale circostanza - come già detto - non avrebbe potuto determinare lo spostamento in avanti del termine decadenziale per l'introduzione del ricorso.

Né appare ugualmente rilevante in merito la circostanza che la partecipante alla gara abbia chiesto con ricorso ex art. 61 del codice del processo amministrativo l'adozione di misura monocratica ante causam al fine di ottenere l'accesso agli atti di gara, in quanto, a tacer d'altro, l'interessata non ha poi proposto, così come previsto dal n. 5 di tale art. 61, entro quindici giorni dall'emanazione del decreto presidenziale ante causam del 13 gennaio 2012 di accoglimento della richiesta il ricorso per ottenere l'accesso agli atti richiesti, per cui tale decreto presidenziale ha oggi perso efficacia.

Alla luce delle suesposte considerazioni il ricorso in esame deve, conseguentemente, essere dichiarato irricevibile. E tale circostanza induce il Collegio a respingere la richiesta di risarcimento dei danni, in quanto così - come disposto dall'art. 30, n. 3 del codice del processo amministrativo - i danni lamentati avrebbero potuto essere evitati usando l'ordinaria diligenza ed, in particolare, attraverso il tempestivo esperimento dello strumento di tutela previsto, cioè l'impugnazione nel rispetto dei termini di cui al predetto art. 120 dell'aggiudicazione della gara (Cons. St., Ad. pl., 23 marzo 2012, n. 3, e sez. IV, 26 marzo 2012, n. 1750).

Sussistono, per concludere, in relazione alla complessità della normativa applicabile alla fattispecie, giuste ragioni per disporre la totale compensazione tra le parti delle spese e degli onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara irricevibile ed in parte lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Michele Eliantonio, Presidente

Dino Nazzaro, Consigliere

Massimiliano Balloriani, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/11/2012

IL SEGRETARIO

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

