



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2328 del 2012, proposto da:

Acsm-Agam S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Gianni con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, corso Monforte 21;

contro

Service 24 S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Giovanni Carpani e Paolo Muolo, con domicilio fissato ai sensi dell'art. 25 c.p.a. presso la Segreteria del Tar Lombardia in Milano, via Corridoni 39;

nei confronti di

Silea S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Annamaria Monetti, con domicilio fissato ai sensi dell'art. 25 c.p.a. presso la Segreteria del Tar Lombardia in Milano, via Corridoni 39;

per l'annullamento

dell'aggiudicazione definitiva del servizio di smaltimento rsu - frazione tal quale - proveniente da raccolta differenziata dai comuni soci di Service 24 s.p.a., disposta a favore di Silea s.p.a., comunicata alla ricorrente il 16/07/2012;

di tutti gli atti connessi;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Service 24 S.p.A. e di Silea S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 novembre 2013 il dott. Fabrizio Fomataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente impugna i provvedimenti indicati in epigrafe, deducendone l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili, chiedendone l'annullamento.

Contestualmente la ricorrente chiede che venga dichiarata l'inefficacia del contratto medio tempore stipulato, nonché, in via subordinata, che la parte resistente sia condannata al risarcimento del danno.

Si sono costituite in giudizio la parte resistente e quella controinteressata, eccependo l'irricevibilità del ricorso, per tardività e, comunque, la sua infondatezza.

Con decreto presidenziale n. 1428/2012, depositato in data 11.10.2012, è stata respinta la domanda di misure cautelari monocratiche.

Con ordinanza n. 1505/2012, il Tribunale ha respinto la domanda cautelare contenuta nel ricorso, rilevando la tardività dell'impugnazione proposta.

All'udienza del 05.11.2013, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) Il ricorso ha ad oggetto il provvedimento di aggiudicazione definitiva adottato dalla stazione appaltante, Service 24 s.p.a., in relazione alla gara indetta per l'assegnazione dell'appalto del servizio di smaltimento di rifiuti solidi urbani, per il periodo di 36 mesi.

Deve essere esaminata con priorità l'eccezione di tardività sollevata dalla stazione appaltante e dall'aggiudicataria controinteressata.

L'eccezione è fondata e il ricorso deve essere dichiarato irricevibile, perché proposto dopo il decorso del termine perentorio stabilito dalla legge.

La norma rilevante è quella dell'art. 120, comma 5, del d.l.vo 2006 n. 163, ove si prevede che "per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo, compresa quindi l'aggiudicazione definitiva, il ricorso, principale o incidentale e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti 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, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, dello stesso decreto; ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto. Per il ricorso incidentale la decorrenza del termine è disciplinata dall'articolo 42".

A sua volta l'art. 79 del d.l.vo 2006, n. 163, disciplina gli obblighi di comunicazione della stazione appaltante, prevedendo, al comma 1, che le stazioni appaltanti informano tempestivamente i candidati e gli offerenti delle decisioni prese riguardo all'aggiudicazione di un appalto.

Più in dettaglio, il comma 5 del medesimo art. 79, stabilisce che in ogni caso l'amministrazione comunica di 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.

In ordine alle modalità di effettuazione delle comunicazioni, il comma 5 bis, dell'art. 79 prevede che "le comunicazioni di cui al comma 5 sono fatte per iscritto, con lettera raccomandata con avviso di ricevimento o mediante notificazione o mediante posta elettronica certificata ovvero mediante fax, se l'utilizzo di quest'ultimo mezzo è espressamente autorizzato dal concorrente, al domicilio eletto o all'indirizzo di posta elettronica o al numero di fax indicato dal destinatario in sede di candidatura o di offerta. Nel caso di invio a mezzo posta o notificazione, dell'avvenuta spedizione è data contestualmente notizia al destinatario mediante fax o posta elettronica, anche non certificata, al numero di fax ovvero all'indirizzo di posta elettronica indicati in sede di candidatura o di offerta. La comunicazione è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione

contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lettera c), e fatta salva l'applicazione del comma 4; l'onere può essere assolto nei casi di cui al comma 5, lettere a), b), e b-bis), mediante l'invio dei verbali di gara, e, nel caso di cui al comma 5, lettera b-ter), mediante richiamo alla motivazione relativa al provvedimento di aggiudicazione definitiva, se già inviata. La comunicazione dell'aggiudicazione definitiva e quella della stipulazione, e la notizia della spedizione sono, rispettivamente, spedita e comunicata nello stesso giorno a tutti i destinatari, salva l'oggettiva impossibilità di rispettare tale contestualità a causa dell'elevato numero di destinatari, della difficoltà di reperimento degli indirizzi, dell'impossibilità di recapito della posta elettronica o del fax a taluno dei destinatari, o altro impedimento oggettivo e comprovato".

Dal coordinamento tra le due disposizioni discende che in materia di appalti il termine perentorio di 30 giorni per impugnare l'aggiudicazione definitiva decorre, per le imprese che hanno partecipato alla gara, dalla data di notifica o comunicazione individuale dell'aggiudicazione definitiva, effettuate ai sensi dell'art. 79, comma 5, del codice dei contratti pubblici, a condizione che la comunicazione contenga gli elementi previsti dall'art. 79 e fermo restando che in mancanza di comunicazione individuale il termine decorre dalla piena conoscenza dell'atto (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 6531; Consiglio di Stato, Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5681; Consiglio di Stato, Sez. V, 31 ottobre 2012, n. 5565).

La ratio delle comunicazioni disciplinate dal più volte citato art. 79 è quella di realizzare "un effetto di conoscenza legale delle determinazioni rilevanti adottate dal seggio di gara", compresa l'aggiudicazione definitiva, in capo ai concorrenti, sicché da tali comunicazioni decorre il termine per impugnare (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Pl., 31 luglio 2012, n. 31).

Sul punto, la giurisprudenza ha precisato che la posta elettronica certificata, così come le altre forme di comunicazione previste dal comma 5 bis dello stesso art. 79 (forma scritta, raccomandata con avviso di ricevimento, fax, notificazione) determinano l'effetto di conoscenza legale, ma ciò non significa che la norma appena citata ancori il termine di impugnazione alle sole forme di comunicazione da essa previste.

Invero, l'art. 79 del d.l.vo. n. 163 del 2006, da un lato, non prevede le forme di comunicazione di cui al citato comma 5 bis come "esclusive" e "tassative", dall'altro, 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.

L'espressione "in ogni altro caso" usata dal legislatore all'art. 120, comma 5 non va dunque riferita ad "atti diversi" da quelli delle procedure di affidamento, e specificamente da quelli di cui all'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006, ma va riferita a "diverse forme" di conoscenza dell'atto; diverse, cioè, dalle forme dell'art. 79.

In altri termini, l'art. 120, comma 5, non ha inteso fissare forme tassative di comunicazione degli atti di gara al fine della decorrenza del termine di impugnazione, ma ha inteso ribadire la regola generale secondo cui il termine di impugnazione decorre o dalla comunicazione nelle forme di legge, tra le quali viene espressamente contemplata la comunicazione a mezzo di posta elettronica certificata, o, comunque, dalla piena conoscenza dell'atto (cfr. sul punto Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 6531; T.A.R. Bolzano Trentino Alto Adige sez. I 16 luglio 2013 n. 247) e tanto vale a rendere l'art. 120, comma 5, c.p.a. coerente con la regola generale dettata dall'art. 41, comma 2, c.p.a. secondo cui il termine di impugnazione del provvedimento amministrativo decorre dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza dell'atto.

Una volta chiarito che la posta elettronica certificata integra ex lege uno strumento di comunicazione di per sé idoneo a determinare la conoscenza rilevante per la decorrenza del termine di impugnazione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 120 c.p.a. e 79 d.l.vo 2006 n. 163, occorre stabilire il momento dal quale tale conoscenza deve ritenersi avvenuta, in dipendenza delle caratteristiche tecniche dello strumento di comunicazione utilizzato.

Sul punto assume rilevanza la disciplina posta dal d.p.r. 11 febbraio 2005, n. 68, ossia dal regolamento recante disposizioni per l'utilizzo della posta elettronica certificata, adottato a norma dell'articolo 27 della legge 16 gennaio 2003, n. 3.

In generale, l'art. 4 del regolamento prevede che "la posta elettronica certificata consente l'invio di messaggi la cui trasmissione è valida agli effetti di legge", con la precisazione (comma 6) che "la validità della trasmissione e ricezione del messaggio di posta elettronica certificata è attestata rispettivamente dalla ricevuta di accettazione e dalla ricevuta di avvenuta consegna, di cui all'articolo 6" e fermo restando che il mittente o il destinatario, che intendono fruire del servizio di posta elettronica certificata, devono avvalersi di uno dei gestori di cui agli articoli 14 e 15.

In ordine alle modalità di effettuazione della trasmissione a mezzo PEC, l'art. 5 del regolamento dispone che "il messaggio di posta elettronica certificata inviato dal mittente al proprio gestore di posta elettronica certificata viene da quest'ultimo trasmesso al destinatario direttamente o trasferito al gestore di posta elettronica certificata di cui si avvale il destinatario stesso; quest'ultimo gestore provvede alla consegna nella casella di posta elettronica certificata del destinatario".

L'art. 6 disciplina la ricevuta di accettazione e di avvenuta consegna, prevedendo (comma 1) che "il gestore di posta elettronica certificata utilizzato dal mittente fornisce al mittente stesso la ricevuta di accettazione nella quale sono contenuti i dati di certificazione che costituiscono prova dell'avvenuta spedizione di un messaggio di posta elettronica certificata", mentre "il gestore di posta elettronica certificata utilizzato dal destinatario fornisce al mittente, all'indirizzo elettronico del mittente, la ricevuta di avvenuta consegna".

In ordine all'efficacia probatoria delle ricevute appena richiamate, il successivo comma 3 dell'art. 6 dispone che "la ricevuta di avvenuta consegna fornisce al mittente prova che il suo messaggio di posta elettronica certificata è effettivamente pervenuto all'indirizzo elettronico dichiarato dal destinatario e certifica il momento della consegna tramite un testo, leggibile dal mittente, contenente i dati di certificazione", con la precisazione che "la ricevuta di avvenuta consegna è rilasciata contestualmente alla consegna del messaggio di posta elettronica certificata nella casella di posta elettronica messa a disposizione del destinatario dal gestore, indipendentemente dall'avvenuta lettura da parte del soggetto destinatario".

Ne deriva che la comunicazione dell'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 79 del d.l.vo 2006 n. 163, che sia effettuata a mezzo di posta elettronica certificata, si intende avvenuta nella data indicata nella ricevuta di avvenuta consegna fornita al mittente dal gestore di posta elettronica certificata utilizzato dal destinatario, atteso che la disciplina richiamata prevede espressamente che la ricevuta di avvenuta consegna fornisce al mittente prova che il suo messaggio di posta elettronica certificata è effettivamente pervenuto all'indirizzo elettronico dichiarato dal destinatario e certifica il momento della consegna tramite un testo, leggibile dal mittente, contenente i dati di certificazione.

Vale precisare che l'art. 6 del regolamento chiarisce che la ricevuta di avvenuta consegna è rilasciata contestualmente alla consegna del messaggio di posta elettronica certificata nella casella di posta elettronica messa a disposizione del destinatario dal gestore, indipendentemente dall'avvenuta lettura da parte del soggetto destinatario.

Di conseguenza, il momento in cui il destinatario legge il messaggio è del tutto irrilevante ai fini della conoscenza legale del documento trasmesso, conoscenza che si correla al fatto che il documento sia stato trasmesso secondo le modalità tecniche previste per l'uso della PEC, attestata dalla ricevuta di avvenuta consegna, atteso che la trasmissione così effettuata "è valida agli effetti di legge".

Nel caso di specie la stazione appaltante ha prodotto la ricevuta di avvenuta consegna, da cui risulta che la

“comunicazione aggiudicazione definitiva affidamento servizio smaltimento RSU-CIG4139178DBA”, proveniente dalla stazione appaltante è stato consegnato nella casella di destinazione di ACSM –AGAM s.p.a. in data 13.07.2012 alle ore 16:10:34 (cfr. doc. 2a della stazione appaltante, prodotto in data 26.10.2012).

La ricorrente, oltre ad affermare di avere letto il messaggio alcuni giorni dopo la trasmissione, sostiene anche che la comunicazione a mezzo PEC non poteva essere effettuata, perché questa forma di comunicazione non era prevista espressamente dalla disciplina di gara.

La tesi non può essere condivisa.

E' vero che la disciplina della gara non identifica uno specifico mezzo per l'effettuazione delle comunicazioni e degli scambi di informazioni tra stazioni appaltanti e operatori economici – tra quelle individuate dall'art. 77 c.p.a. – tuttavia, l'art. 17 del capitolato speciale rinvia espressamente, per quanto non previsto, alla disciplina dettata dal d.l.vo 2006 n. 163.

Tanto basta per ritenere che la posta elettronica certificata integri anche nella gara di cui si tratta un valido mezzo di comunicazione ai sensi dell'art. 79 del d.l.vo 2006 n. 163.

Del resto, la stazione appaltante ha documentato (cfr. doc. 5 depositato in data 24.09.2013) che proprio la ricorrente ha indicato il proprio indirizzo di posta elettronica certificata come recapito per la trasmissione di atti da parte della stazione appaltante.

Ne consegue che è il 13.07.2012 il giorno in cui la ricorrente ha ricevuto la comunicazione dell'aggiudicazione dell'appalto da parte della stazione appaltante, mentre resta del tutto irrilevante, secondo quanto già chiarito, il fatto che la lettura del messaggio sia avvenuta in un momento posteriore.

Quanto al contenuto della comunicazione trasmessa, occorre verificare se esso sia coerente con la previsione dell'art. 79 del codice degli appalti.

Il comma 5 bis dell'art. 79 prevede che la comunicazione sia accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione, contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lettera c), ossia la precisazione delle caratteristiche e dei vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto.

Nel caso di specie la comunicazione trasmessa dalla stazione appaltante: a) indica la gara di riferimento, specificando che l'aggiudicazione è stata effettuata mediante una procedura aperta, con il criterio del prezzo più basso, tenendo conto dell'incidenza dei trasporti, ex artt. 81 e 82 d.l.vo 2006 n. 163; b) indica che hanno presentato un'offerta tre operatori e che non risultano ditte escluse; c) specifica che “con delibera del Consiglio di amministrazione del 10.07.2012, il servizio in oggetto è stato aggiudicato, con il criterio di cui al comma precedente, all'impresa Silea s.p.a., con sede in Valmadrera (Lc)- via Valvassena n.6, che ha offerto un prezzo di Euro 82,44/ton corrispondente ad un ribasso del 15,01% sull'importo a base d'asta di Euro 97,00/ton per il servizio di smaltimento RSU frazione tal quale, proveniente da raccolta differenziata dei comuni soci di Service 24 s.p.a.”; d) evidenzia che “la presente comunicazione, ha valore di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva nei confronti di tutti i partecipanti alla gara, ai sensi dell'art. 79, comma 5, del D.Lgs 163/2006 e di svincolo delle cauzioni provvisorie presentate dai concorrenti non aggiudicatari (art. 75, comma 9, D.Lgs 163/2006)”; e) evidenzia che “il contratto non potrà comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio della presente comunicazione”.

Il contenuto della comunicazione trasmessa dalla stazione appaltante soddisfa le condizioni previste dall'art. 79 del d.l.vo 2006 n. 163, perché, in coerenza con il criterio di aggiudicazione prescelto, dà atto non solo del provvedimento di aggiudicazione e del suo contenuto, nonché della ditta aggiudicataria, ma anche dei vantaggi dell'offerta selezionata, precisando il prezzo offerto dall'aggiudicataria e la percentuale di ribasso, rispetto al prezzo posto a base di gara, cui esso corrisponde.

Ne deriva che la comunicazione effettuata a mezzo PEC in favore della ricorrente, e da quest'ultima ricevuta in data 13.07.2012, è coerente con la previsione dell'art. 79 del codice degli appalti, sicché vale come comunicazione rilevante, ai sensi dell'art. 120 c.p.a., per la decorrenza del termine perentorio di trenta giorni stabilito per la proposizione del ricorso.

Nondimeno, il ricorso risulta consegnato per la notificazione in data 01.10.2012, ossia dopo il decorso del termine di impugnazione, che, tenuto conto del periodo di sospensione feriale, scadeva il 27.09.2012.

Tanto basta per rilevare la tardività dell'impugnazione con conseguente irricevibilità del ricorso.

2) In definitiva, il ricorso è stato proposto tardivamente e deve essere dichiarato irricevibile.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando:

1) dichiara irricevibile il ricorso;

2) condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese processuali che liquida in complessivi euro 2.000,00 (duemila), oltre accessori di legge, da dividere in parti uguali in favore della parte resistente e della parte controinteressata.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Alberto Di Mario, Primo Referendario

Fabrizio Fomataro, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/12/2013

IL SEGRETARIO

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