



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 Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 645 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Mer Mec S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Carullo, con domicilio eletto presso Antonio Carullo in Bologna, Strada Maggiore 47;

contro

Ferrovie Emilia Romagna S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Franco Pellizzer, Giacomo Santi, Elena Guiducci, con domicilio eletto presso Franco Pellizzer in Bologna, via Collegio di Spagna, 15;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo ed ai primi motivi aggiunti di ricorso: dell'aggiudicazione provvisoria a favore della società ECM nonché dell'ammissione alla stessa alla procedura di gara;

quanto al ricorso incidentale della ECM:

dell'inserimento della società Mermec al secondo posto della procedura e per la declaratoria della sua esclusione e/o decadenza;

quanto agli ulteriori motivi aggiunti della società Mermec:

della nota del 3/8/2011 di esclusione della società Mermec dalla procedura nonché del punto 5.8 della lettera d'invito alla procedura.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ferrovie Emilia Romagna S.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Ecm S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Roberto Ubaldi, Marino Bianco, con domicilio eletto presso Segreteria Tar in Bologna, Strada Maggiore 53;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2012 il dott. Ugo Di Benedetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.La società FER (Ferrovie Emilia Romagna) ha indetto una procedura per la scelta del contraente per la realizzazione di un sottosistema di terra (SST) di sicurezza e segnalamento per il

controllo della marcia del treno (SCMT) sulla rete ferroviaria regionale.

La società Mermec s.p.a., partecipante a detta procedura, ha impugnato l'aggiudicazione provvisoria alla controinteressata ECM s.p.a. nonché l'ammissione della stessa alla procedura, deducendone l'illegittimità.

Successivamente, a seguito dell'accesso agli atti, ha notificato ulteriori motivi aggiunti di ricorso

Si costituivano in giudizio la stazione appaltante e la controinteressata ECM, che rilevavano l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

2. Successivamente la difesa dell'ECM notificava un ricorso incidentale contestando l'inserimento al secondo posto in graduatoria della Mermec ed impugnando la mancata esclusione e comunque la mancata decadenza dalla procedura non avendo la Mermec fatto pervenire la documentazione richiesta dalla stazione appaltante nel termine perentorio di cinque giorni previsto dalla clausola 5.8 della lettera d'invito ossia il certificato di iscrizione presso la CCIAA con dicitura antimafia ed il Documento Unico di regolarità contributiva.

3. Con provvedimento del 3 agosto 2011 la stazione appaltante formalizzava l'esclusione dalla procedura della Mermec non avendo fornito quanto richiesto nel termine di cinque giorni previsto dal punto 5.8. della citata lettera d'invito.

Avverso quest'ultimo provvedimento nonché avverso il punto 5.8. della lettera d'invito la difesa della Mermec estendeva l'impugnativa ed i motivi aggiunti di ricorso deducendo la violazione dell'articolo 48 del D. lgs 163/2006, il codice dei contatti pubblici, il quale prevede un termine di dieci giorni che, secondo la prospettazione difensiva non sarebbe perentorio.

Le parti sviluppavano ampiamente le rispettive difese con memorie e repliche nonché nel corso della discussione orale e la causa veniva trattenuta in decisione all'odierna udienza.

4. In linea di diritto va osservato che nel nostro sistema di giurisdizione soggettiva, la verifica della legittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati è finalizzata all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere, ritualmente, dalla parte attrice, tanto è vero che il ricorso non è mera "occasione" del sindacato giurisdizionale sull'azione amministrativa in quanto tale.

Conseguentemente il controllo della legittimazione al ricorso assume sempre carattere pregiudiziale rispetto all'esame del merito della domanda, in coerenza con i principi della giurisdizione soggettiva e dell'impulso di parte.

Infatti, il giudice ha il dovere di decidere gradualisticamente la controversia, secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito, e fra le prime, la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione.

La legittimazione al ricorso, pertanto, presuppone il riconoscimento dell'esistenza di una situazione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'amministrazione o da un soggetto ad essa equiparato.

In linea di principio, gli orientamenti interpretativi più consolidati affermano, nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, la regola secondo cui la legittimazione al ricorso deve essere correlata ad una situazione differenziata, in modo certo, per effetto della legittima partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione o della possibilità di partecipazione illegittimamente preclusa poiché solo tale qualità si connette all'attribuzione di una posizione sostanziale differenziata e meritevole di tutela.

In questa veste, solo il ricorrente che ha partecipato legittimamente alla gara e che non ne risulta successivamente escluso, può far valere tanto un interesse "finale" al conseguimento dell'appalto affidato al controinteressato, quanto, in via alternativa (e normalmente subordinata) l'interesse "strumentale" alla caducazione dell'intera gara e alla sua riedizione ma ciò solo se sussista, in concreto, la ragionevole possibilità di ottenere l'utilità richiesta.

4.1. In definitiva la situazione legittimante costituita dalla partecipazione legittima alla procedura di affidamento dei contratti pubblici, quindi, costituisce, tuttora, la condizione necessaria per acquisire e mantenere la legittimazione al ricorso (Cons. stato., Ad. Plen. 7 aprile 2011, n. 4) mentre tale legittimazione è mancante nel

caso di esclusione originaria e viene meno in caso di successiva esclusione dalla stessa procedura.

4.2. Nella presente causa ciò comporta l'esame prioritario dei motivi aggiunti impugnatori della società Mermec avverso il sopravvenuto provvedimento di esclusione poiché in caso di rigetto dell'impugnativa e di definitività del provvedimento di esclusione verrebbe meno la legittimazione a coltivare l'impugnativa principale da parte dell'impresa ricorrente.

5. Ciò premesso è pacifico in fatto che la stazione appaltante abbia chiesto alla Mermec con fax in data 26/4/2011, copia del certificato di iscrizione presso la CCIAA con dicitura antimafia ed il Documento Unico di regolarità contributiva, ai sensi del punto 5.8. della lettera d'invito.

E' pacifico altresì che la società Mermec ha trasmesso detta documentazione con raccomandata A.R. del 6/5/2011, ossia il decimo giorno, e che la stessa è pervenuta successivamente alla stazione appaltante e precisamente in data 11 maggio 2011 e, quindi, ben oltre il termine perentorio di 5 giorni previsto dal punto 5.8. della lettera d'invito.

6. In linea di diritto, pertanto, è necessari esaminare la censura avverso il punto 5.8. citato, impugnato unitamente al provvedimento di esclusione che ne ha fatto applicazione, che secondo la tesi difensiva della Mermec sarebbe illegittimo per violazione dell'articolo 48 del D. lgs 163/2006, il codice dei contratti pubblici, il quale

prevede un termine di dieci giorni che, secondo la prospettazione difensiva, non sarebbe perentorio.

6.1. L'articolo 48 citato, per quanto rilevante al fine di decidere la presente controversia dispone che "Le stazioni appaltanti prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unita' superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacita' economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Le stazioni appaltanti, in sede di controllo, verificano attraverso il possesso del requisito di classificazione per eseguire lavori attraverso il casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, ovvero attraverso il sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per i contratti affidati al contraente generale; per i fornitori e per i prestatori di servizi la verifica del possesso del requisito di cui all'articolo 42, comma 1, lettera a), del presente codice è effettuata tramite la Banca dati nazionale dei contratti pubblici prevista dall'articolo 62-bis del codice dell'amministrazione generale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82. Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara,

all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorita' per i provvedimenti di cui all'art. 6, comma 11. L'Autorita' dispone altresì la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento.

La richiesta di cui al comma 1 e', altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione”.

6.2. L'art. 5.8 della lex specialis della gara, invece, dispone che “l'aggiudicatario provvisorio e quello che segue in graduatoria dovranno trasmettere a FER srl, entro 5 (cinque) giorni dalla richiesta, tutta la documentazione necessaria per gli accertamenti prescritti dalla vigente legislazione in merito di antimafia e regolarità contributiva e ulteriori verifiche d'ufficio qualora necessarie. Qualora non venga fornito quanto richiesto nei termini assegnati, oppure dagli accertamenti compiuti non risulti il possesso dei requisiti dichiarati e prescritti di legge, il concorrente verrà escluso dalla procedura stessa e FER srl ne incamererà la cauzione provvisoria, riservandosi di poter trasferire l'aggiudicazione provvisoria al concorrente che segue in graduatoria ed eventualmente ossia a

seguire agli altri concorrenti”..

6.3. E' evidente che le due disposizioni hanno un diverso ambito di applicazione poiché l'art. 48 si riferisce ad una diversa documentazione e precisamente a quella comprovante “il possesso dei requisiti di capacita' economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara” mentre il punto 5.8. si riferisce alla “documentazione necessaria per gli accertamenti prescritti dalla vigente legislazione in merito di antimafia e regolarità contributiva”.

Conseguentemente, disciplinando un diverso aspetto, il punto 5.8. della lettera d'invito non è illegittimo per contrasto con il citato art 48 del D. lgs 163/2006 e, pertanto, anche il provvedimento di esclusione che ne costituisce applicazione è legittimo.

6.4. Va, comunque ulteriormente osservato che, contrariamente a quanto dedotto, che anche se la giurisprudenza in passato non è sempre stata uniforme nell'interpretare la disposizione in parola, risulta, tuttavia prevalente l'orientamento secondo cui il termine in questione, di cui all'articolo 48 del D. lgs 163/2006, avrebbe natura perentoria poiché, pur non essendo qualificato tale dalla lettera della norma, tale perentorietà sarebbe insita nella automaticità della comminatoria prevista per la sua inosservanza (Consiglio di stato, sez. V, 13 dicembre 2010 , n. 8739; C.d.S., Sez. VI, 15 giugno 2009, n. 3804; C.G.A., sez. giurisd., 15 aprile 2009, n. 233; 25 maggio 2009, n. 480). Invero la natura perentoria attribuita a tale termine deriva

dalle ragioni di celerità e certezza che caratterizzano le procedure di aggiudicazione e dalla necessità di chiusura del procedimento nel più breve tempo possibile (T.A.R. Lazio Latina, sez. I, 05 novembre 2010 , n. 1864; T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II, 16 dicembre 2010 , n. 4849 T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 08 ottobre 2009 , n. 1608; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 23 luglio 2009 , n. 7493). Infatti, la giurisprudenza ha chiarito che detto termine può essere prorogato soltanto nel caso in cui l'impossibilità di tempestivo adempimento degli obblighi dimostrativi dipenda da causa non imputabile al comportamento dell'impresa partecipante alla gara (T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 05 luglio 2010 , n. 1648; Consiglio di Stato, VI Sezione 27 Dicembre 2006 n° 79489) , situazione non certo ricorrente nel caso in esame.

6.5. Da ciò l'infondatezza dell'impugnativa di cui ai motivi aggiunti di ricorso avverso l'esclusione della Mermec dalla procedura.

6.6. Conseguentemente viene meno la legittimazione della Mermec a coltivare l'impugnativa originariamente proposta.

7. Ciò determina l'impossibilità per questo giudice di esaminare nel merito il ricorso principale (Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 7 aprile 2011 n. 4, Cons. Stato, sez. V, 20 dicembre 2011 n. 6704)

8. In conclusione il ricorso è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse a seguito della legittima esclusione dalla procedura della società ricorrente che ne ha determinato il venir meno della legittimazione a coltivare l'impugnativa proposta.

9. Le spese possono essere compensate in quanto il ricorso introduttivo era stato ritualmente proposto e la legittimazione della ricorrente è venuta meno soltanto per la tardiva, ancorchè legittima, esclusione della Mermec disposta dalla stazione appaltante.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Emilia Romagna
(Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di legittimazione della ricorrente per le ragioni indicate in motivazione.

Spese compensate

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Calvo, Presidente

Ugo Di Benedetto, Consigliere, Estensore

Sergio Fina, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/02/2012

IL SEGRETARIO

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