



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 Regionale di Giustizia Amministrativa

Sezione Autonoma di Bolzano

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 298 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

E.Ma.Pri.Ce S.p.a.,

Nordbau Peskoller S.p.a.;

in costituendo RTI, ai sensi e per gli effetti degli artt. 34 e ss. del d.lgs. n. 163/2006, con capogruppo mandataria la suddetta E.Ma.Pri.Ce S.p.a.,

in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dagli avv. Paolo Segalerba, Vittorio Papa e Antonino Papa, con domicilio eletto presso lo studio degli ultimi due in Bolzano, via Virgilio, 7;

contro

Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture;

Provincia Autonoma di Bolzano, in persona del Presidente p.t.,

rappresentata e difesa dagli avv. Renate von Guggenberg, Maria Larcher, Patrizia Pignatta e Alexandra Roilo, con domicilio eletto presso l'Avvocatura della Provincia in Bolzano, piazza Silvius Magnago, 1;

nei confronti di

Oberosler Cav. Pietro S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del RTI con Alpenbau S.r.l. e con Wipptaler Bau S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Antonio Tita e Piero Costantini, con domicilio eletto presso lo studio degli stessi in Bolzano, via Dante 20/A;

per l'annullamento

con il ricorso introduttivo depositato il 5.11.2013

1) del provvedimento datato 19.9.2013, comunicato alla ricorrente a mezzo posta elettronica certificata in data 20.9.2013, con cui è stata disposta l'aggiudicazione dell'ATI Oberosler dell'appalto avente ad oggetto la sistemazione della Strada della Val Pusteria SS 49 nel tratto Naz/Sciaves Rio di Pusteria - Vandoies Lotto n. 3 - Circonvallazione di Vandoies di Sopra - Codice Gara "AOV - 015/2013 UMFAHRUNG OBERVINTL", e di tutti gli atti presupposti, consequenziali e comunque connessi al provvedimento impugnato, siano essi di estremi noti - quali in particolare i verbali di commissione di gara del 26.6.2013, n. 1 del 17.7.2013, n. 2 del 18.7.2013, n. 3 del 19.7.2013, n. 4 del 20.8.2013, n. 5 del 22.8.2013, n. 6 del 23.8.2013, n. 7 del 26.8.2013, n. 8 del 27.8.2013, n. 9 del

29.8.2013, ovvero non noti - le schede di valutazione delle offerte tecniche da parte della Commissione giudicatrice e di attribuzione dei punteggi, la graduatoria con ogni consequenziale pronuncia di legge;

B) con motivi aggiunti depositati l'11.2.2013

2) del provvedimento comunicato con lettera della Provincia autonoma di Bolzano - Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture, prot. n. 3389 del 27 dicembre 2013, di verifica, accertamento ed attestazione dell'avvenuta efficacia del predetto provvedimento di aggiudicazione definitiva, nonché di tutti gli atti connessi e consequenziali, ed in particolare i successivi atti emanandi relativamente alla procedura di affidamento, ivi compreso il contratto di appalto, ove nel frattempo stipulato;

C) con motivi aggiunti depositati il 4.7.2014 parte ricorrente ha chiesto la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto di cui alla lettera di incarico dei lavori n. 22 del 18.02.2014, prot. n. 11.5/21.02/116386 della Provincia autonoma di Bolzano, sottoscritta per accettazione in pari data dall'ATI Oberosler, non comunicata alle ricorrenti, con specifica domanda di subentro nello stesso, e del pedissequo verbale di consegna dei lavori dd. 04.04.2014, anch'esso non comunicato,

nonché, in subordine, per la sola denegata ipotesi in cui la richiesta tutela in forma specifica non appaia possibile in relazione all'ulteriore corso dell'affidamento in argomento, parte ricorrente ha chiesto il risarcimento di tutti i danni patiti e patienti in conseguenza degli

impugnati provvedimenti.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia autonoma di Bolzano e della Oberosler Cav. Pietro S.p.a. in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del RTI con Alpenbau S.r.l. e con Wipptaler Bau S.p.a.;

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 19 novembre 2014 il Cons. Terenzio Del Gaudio e uditi per le parti i difensori:

avv. P. Segalerba per la parte ricorrente;

avv. M. Larcher per la Provincia autonoma di Bolzano;

avv. P. Costantini per la Oberosler Cav. Pietro S.p.a., in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del RTI con Alpenbau S.r.l. e con Wipptaler Bau S.p.a.,

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso introduttivo, depositato il 5.11.2013, e con motivi aggiunti depositati l'11.2.2014 e il 4.7.2014, le ricorrenti E.Ma.Pri.Ce S.p.a. (capogruppo mandataria) e Nordbau Peskoller S.p.a. (mandante) impugnano i provvedimenti, rispettivamente indicati in epigrafe, relativi alla procedura di gara aperta, da svolgere con modalità telematica e da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta

economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento dei lavori per la sistemazione della Strada della Val Pusteria SS 49 nel tratto Naz/Sciaves Rio di Pusteria - Vandoies Lotto n. 3 - Circonvallazione di Vandoies di Sopra - Codice Gara "AOV - 015/2013 UMFÄHRUNG OBERVINTL", per un importo a base di gara, comprensivo degli oneri per la sicurezza, di Euro 14.170.082,48 IVA esclusa.

A sostegno del ricorso introduttivo, depositato il 5.11.2013, viene dedotto il seguente complesso motivo d'impugnazione:

Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2, punto 1, comma 5 del disciplinare di gara per mancata esclusione dell'offerta dell'ATI Oberosler, avendo la stessa consegnato l'offerta in formato pdf anziché in formato pdf/a o in un formato equivalente – Violazione di legge – sub specie degli artt. 20 e 21 del d.lgs. 82/2005 (codice dell'amministrazione digitale) e dell'art. 3 comma 3 del d.p.c.m. 30.03.2009 (ora art. 4 comma 3 del d.p.c.m. 22.02.2013, pubbl. in g.u. 21.05.2013) - Violazione del principio di immodificabilità e/o inalterabilità dell'offerta - eccesso di potere per travisamento e difetto istruttorio.

Parte ricorrente ha inoltre proposto motivi aggiunti, che sono stati depositati l'11.2.2014 - rispettivamente il 4.7.2014.

Si sono costituiti in giudizio la Provincia autonoma di Bolzano e la Oberosler Cav. Pietro S.p.a. in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del RTI con Alpenbau S.r.l. e con Wipptaler Bau S.p.a. eccependo, in via pregiudiziale, l'irricevibilità del ricorso per tardività

della notifica e chiedendo, comunque, il rigetto del ricorso stesso e dell'istanza di sospensiva, siccome infondato.

Con ordinanza n. 210 del 20.11.2013 è stata rigettata l'istanza cautelare di sospensione dell'efficacia dell'impugnato provvedimento.

In sede di appello la suddetta ordinanza è stata confermata dal Consiglio di Stato, Sez. VI, con ordinanza n. 564 del 5.2.2014.

Alla pubblica udienza del 19.11.2014 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è tardivo.

Parte ricorrente ha notificato l'atto introduttivo dell'odierno giudizio, mediante spedizione di plico postale, in data 21.10.2013 e, dunque, oltre il termine di 30 giorni dall'aggiudicazione definitiva della gara, disposta nel corso della seduta pubblica dd. 18.9.2013, alla presenza, tra gli altri, di un rappresentante del RTI E.Ma.Pri.Ce.

Dal verbale prot. n. 2252 del 18.9.2013 risulta infatti che, nel corso della seconda seduta pubblica del giorno 18.9.2013, l'autorità di gara, alla presenza delle imprese rimaste in gara: - ha illustrato le determinazioni contenute nei verbali della Commissione tecnica (citate nel verbale stesso); - ha proceduto all'apertura delle offerte economiche; - ha dato lettura dei prezzi offerti dalle ditte concorrenti; - ha proceduto alla formazione della graduatoria finale; - ha aggiudicato l'appalto *“all'impresa Oberosler Cav Pietro SPA, Alpenbau GmbH, Wipptaler Bau AG per il prezzo complessivo di Euro 11.151.582,02.- (IVA esclusa), comprensivo anche dei costi riservati a misure di sicurezza sul*

cantiere ammontanti ad Euro 341.533,40”.

Di quanto sopra parte ricorrente ha pertanto acquisito contestuale e diretta conoscenza, avendo presenziato alla seduta pubblica del 18.9.2013.

Invero, non rileva, nel caso di specie, che la comunicazione di aggiudicazione di cui all'art. 79, comma 5, lettera a), sia pervenuta alla parte ricorrente in data 20.9.2013.

Tale comunicazione, avente il seguente tenore “*Si comunica che ai sensi del verbale di cui sopra dell' Agenzia (n.d.r.: id est, il verbale prot. n. 2252 del 18.9.2013), l'impresa sopra citata (n.d.r. il RTI Oberosler) è rimasta aggiudicataria dell'appalto in oggetto*”, nulla aggiunge rispetto a quanto il RTI E.MA.PRI.CE avesse già appreso presenziando, tramite un proprio rappresentante, alla seduta pubblica del 18.9.2013.

Un tanto illustrato, osserva il Collegio che la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che, per gli atti contemplati nell'art. 79 del Codice dei contratti (mancati inviti, esclusioni e aggiudicazioni), la suddetta previsione non intende ancorare il termine di impugnazione alle sole forme di comunicazione ivi previste al comma 5bis dello stesso art. 79 (forma scritta, raccomandata con avviso di ricevimento, fax, posta elettronica certificata, notificazione).

Ed un tanto perché l'art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006 da un lato non prevede le forme di comunicazione di cui al citato comma 5bis come “esclusive” e “tassative”, e, 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 (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 13.12.2011, n. 6531).

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 c.p.a. 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, o comunque, dalla piena conoscenza dell'atto (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14.5.2013, n. 2614 e 28.2.2013, n. 1204; Sez. III, 22.8.2012, n. 4593; T.R.G.A. Bolzano, 16.7.2013, n. 247 e 9.3.2012, n. 87; T.R.G.A. Trento, ord. 25.5.2012, n. 73 (confermata da Consiglio di Stato, Sez. V, ord. 20.6.2012, n. 2392).

Così inteso, l'art. 120, comma 5 c.p.a. è del resto coerente con la regola generale dettata dall'art. 41, comma 2, secondo cui il termine di impugnazione del provvedimento amministrativo decorre dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza dell'atto.

Giova aggiungere che, come affermato dalla giurisprudenza, non *"assume rilievo la circostanza che la società ricorrente non avesse conferito al proprio rappresentante alcuno specifico potere, essendo sufficiente, ai fini del decorso del termine d'impugnazione, che il rappresentante abbia potuto avere cognizione"*

dell'esclusione dalla gara della società rappresentata" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27.12.2013, n. 6284).

Va oltretutto osservato che, nel caso di specie, in base alla previsione di cui all'ultimo periodo dell'art. 5 del disciplinare di gara, *"alle sedute pubbliche può assistere il titolare o legale rappresentante del soggetto concorrente ovvero persone munite di specifica delega"*.

Va infine precisato che il termine per la notifica del ricorso decorre dalla conoscenza dell'aggiudicazione definitiva *"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, ai sensi dell'art. 11, comma 8"* del d.lgs. 12.4.2006, n. 163.

Si deve quindi concludere che il ricorso introduttivo è irricevibile per tardività, essendo stato notificato mediante spedizione di plico postale in data 21.10.2013 e, dunque, oltre il termine di 30 giorni dall'aggiudicazione definitiva della gara, disposta nel corso della seduta pubblica dd. 18.9.2013 alla presenza, tra gli altri, di un rappresentante del RTI E.Ma.Pri.Ce.

Va peraltro osservato che parte ricorrente non ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva, sicché un tanto (oltre a comportare anche l'inammissibilità del ricorso introduttivo qualora non dichiarato irricevibile per tardività) determina la carenza d'interesse all'impugnazione, mediante motivi aggiunti depositati l'11.2.2013, del provvedimento comunicato con lettera della Provincia autonoma di Bolzano - Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture, prot. n.

3389 del 27.12.2013, di verifica, accertamento ed attestazione dell'avvenuta efficacia del predetto provvedimento di aggiudicazione definitiva, nonché della domanda di declaratoria di inefficacia del contratto di appalto di cui alla lettera di incarico di lavori n. 22 del 18.2.2014 prot. n. 11.5/21.02/116386 della Provincia autonoma di Bolzano.

In conclusione, il ricorso introduttivo va dichiarato irricevibile mentre va dichiarata l'improcedibilità per sopravvenuta carenza d'interesse in riferimento ai ricorsi per motivi aggiunti depositati l'11.2.2013 e il 4.7.2014.

Alla soccombenza consegue la condanna alle spese di lite che vengono liquidate come da dispositivo.

Il contributo unificato rimane a carico della parte ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione autonoma di Bolzano definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti:

- dichiara irricevibile il ricorso introduttivo;
- dichiara improcedibili per sopravvenuta carenza d'interesse i ricorsi per motivi aggiunti indicati in epigrafe.

Condanna parte ricorrente alla rifusione delle spese di lite a favore della Provincia autonoma di Bolzano e della Oberosler Cav. Pietro S.p.a. nell'importo che viene liquidato in Euro 5.000,00 (cinquemila/00) per ciascuna, oltre IVA, CNPA e oneri di legge.

Il contributo unificato rimane a carico della parte ricorrente.

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

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Margit Falk Ebner, Presidente

Terenzio Del Gaudio, Consigliere, Estensore

Lorenza Pantozzi Lerjefors, Consigliere

Edith Engl, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/12/2014

IL SEGRETARIO

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