

Pubblicato il 11/10/2016

N. 02555/2016 REG.PROV.COLL.
N. 01366/2016 REG.RIC.



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 Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1366 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

_____, in persona del rappresentante legale, rappresentata e difesa dall'Avvocato

_____, con domicilio presso _____, in _____, via _____

contro

_____, in persona del rappresentante legale, rappresentata e difesa

dall'Avvocato _____

_____, con domicilio presso la Segreteria del T.A.R. di

Catania, in Catania, Via Milano 42/a;

nei confronti di

_____ rappresentato e difeso dall'Avvocato _____), con

domicilio presso _____, in _____, Via _____;

per l'annullamento

- a) del provvedimento dell'Azienda _____ n. 189/16, con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della procedura di gara avviata con determina n. 424 in data 28 dicembre 2015 e relativa alla concessione di locali da adibire all'attività di somministrazione di cibo e bevande presso _____; b) il contratto stipulato in data 23 giugno 2016.

Visti tutti gli atti e i documenti di causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2016 il dott. _____ e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con il gravame introduttivo, notificato in data 6 luglio 2016, l'associazione ricorrente ha impugnato il provvedimento dell'Azienda _____ n. 189/16, con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della procedura di gara avviata con determina n. 424 in data 28 dicembre 2015 e relativa alla concessione di locali da adibire all'attività di somministrazione di cibo e bevande presso _____.

Il contenuto dei motivi di gravame può sintetizzarsi come segue: a) in contrasto con le previsioni del bando, l'aggiudicataria ha omesso di allegare all'offerta il capitolato debitamente sottoscritto; b) in violazione delle previsioni dello statuto dell'ente, il liquidatore ha assunto la veste di presidente della commissione di gara e ha nominato i membri facenti parte della commissione stessa, senza tener conto, peraltro, della propria

incompatibilità avendo egli svolto funzioni decisorie autonome nella predisposizione degli atti di gara; c) parimenti incompatibile risultava la partecipazione alla commissione di altro membro della commissione, _____, responsabile del settore parcheggi; d) il liquidatore ha provveduto alla repentina sostituzione di un membro della commissione, senza, però, attivare il relativo iter procedimentale e senza informare di siffatta propria determinazione la Giunta Municipale.

Il soggetto controinteressato, costituitosi in giudizio, ha chiesto il rigetto del gravame, osservando quanto segue:

a) la mancata allegazione del capitolato sottoscritto per accettazione è irrilevante, in quanto il documento da porre a corredo dell'offerta non era il capitolato stesso, ma il modello A allegato a quest'ultimo, senza, peraltro, che, in difetto, fosse prevista la comminatoria dell'esclusione dalla procedura; b) il liquidatore svolge le funzioni del presidente, del consiglio di amministrazione e del direttore generale, di talché sono infondati gli ulteriori rilievi mossi dalla ricorrente in merito alla regolarità della procedura di gara; c) le funzioni in precedenza svolte dal membro della commissione _____ appaiono irrilevanti ai fini della denunciata incompatibilità di tale soggetto; d) i presunti vizi relativi alla sostituzione di un membro della commissione costituiscono semplici irregolarità e, ad ogni buon conto, la sostituzione stessa è stata immediatamente comunicata alla Giunta Comunale.

L'Azienda intimata, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'irricevibilità del gravame e sollecitato in subordine il suo rigetto nel merito, osservando quanto segue: a) risulta decorso il termine decadenziale di impugnazione decorrente dalla pubblicazione all'albo pretorio della delibera n. 189 del 24 maggio 2016 e, comunque, l'aggiudicazione in favore della ditta _____ è stata resa nota nella seduta di gara del 7 aprile 2016 alla presenza dei rappresentanti della ricorrente, cui tale provvedimento è stato, inoltre, comunicato con nota n. 1576 del 3 maggio 2016, ricevuta in pari data, mentre con delibera n. 159 del 2 maggio 2016, comunicata all'interessata in pari data, è stata rigettata l'istanza di autotutela avanzata dall'associazione ricorrente; b) l'interesse della stazione appaltante ad acquisire l'impegno dei partecipanti al pieno rispetto del capitolato può ritenersi pienamente soddisfatto con il deposito della dichiarazione di accettazione delle condizioni dell'appalto; c) le prescrizioni cautelative di cui all'art. 84, quarto comma, del decreto legislativo n. 163/2006 in merito alla composizione della commissione di gara riguardano il diverso caso di aggiudicazione della procedura con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Mediante motivi aggiunti la ricorrente, impugnando anche il contratto stipulato in data 23 giugno 2016, nel confermare le censure già svolte, ha denunciato i vizi di seguito indicati: a) il contratto è stato stipulato prima del decorso del termine di cui all'art. 11, comma 10, del decreto legislativo n. 163/2006; b) il contratto è viziato per illegittimità derivata ed esso prevede adempimenti diversi rispetto a quelli previsti in capitolato, concedendo all'aggiudicatario ulteriori facoltà e deroghe non previste dal bando di gara; c) l'Amministrazione non ha verificato il soddisfacimento dei requisiti richiesti dal bando per l'aggiudicazione; d) le deliberazioni di aggiudicazione definitiva sono, altresì, illegittime alla luce della documentazione prodotta con memoria in data 19 luglio 2016.

L'Azienda intimata ha eccepito l'irricevibilità dei motivi aggiunti e chiesto in subordine il loro rigetto nel merito, osservando quanto segue: a) la tardiva impugnazione dell'aggiudicazione impedisce lo scrutinio dei motivi aggiunti; b) l'omessa comunicazione dell'aggiudicazione definitiva non vizia il relativo provvedimento; c) le precisazioni effettuate in sede negoziale non incidono sull'economia complessiva del contratto; d) l'intervenuta produzione documentale dimostra la sussistenza in capo all'aggiudicataria dei requisiti per la partecipazione alla procedura selettiva; e) la pubblicità delle sedute è contemplata esclusivamente per le operazioni di gara.

La controinteressata ha eccepito l'inammissibilità - oltre che del ricorso introduttivo - dei motivi aggiunti, chiedendo in subordine il loro rigetto nel merito, sulla scorta delle seguenti argomentazioni: a) non sussiste l'interesse a ricorrere in capo alla ricorrente poiché la stessa non ha chiesto di subentrare nel contratto; b) le violazioni in merito alla comunicazione dell'aggiudicazione rilevano solo allorquando sussistano vizi propri di

tale provvedimento; c) l'asserita tardività degli adempimenti imposti all'aggiudicataria non determina l'illegittimità dell'aggiudicazione, venendo in rilievo una vicenda successiva all'aggiudicazione medesima; d) essendo in contestazione il contenuto della convenzione di concessione, sussiste sul punto il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo; e) ad ogni buon conto, l'art. 38 del decreto legislativo n. 163/2006 prescrive soltanto il rilascio di dichiarazioni sostitutive, nonché la richiesta d'ufficio del casellario giudiziale da parte della stazione appaltante; f) il bando di gara non prevede, comunque, alcun termine per la produzione del casellario giudiziario e dei carichi pendenti, né il relativo adempimento è ivi contemplato a pena di esclusione; g) gli artt. 120 e 121 del d.p.r. n. 207/2010 circoscrivono lo svolgimento delle sedute pubbliche ad operazioni ivi tassativamente previste; h) le ulteriori censure svolte in sede di motivi aggiunti appaiono tardive.

Nell'odierna camera di consiglio la causa è stata trattenuta in decisione.

Il ricorso introduttivo e quello per motivi aggiunti appaiono manifestamente irricevibili, di talché la causa può esser definita con sentenza ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm., essendo trascorsi almeno dieci giorni dall'ultima notificazione delle impugnazioni, non essendovi necessità di integrare il contraddittorio, risultando completa l'istruttoria e non avendo alcuna delle parti dichiarato di voler proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza o di giurisdizione.

L'Amministrazione intimata, come già indicato, ha eccepito il vano decorso del termine decadenziale di impugnazione, osservando, in particolare, che era intervenuta la pubblicazione sul sito web dell'Azienda, in data 24 maggio 2016, dell'impugnata determina assunta in pari data

La ricorrente non ha specificamente contestato la circostanza appena indicata, di talché la stessa va posta a fondamento della presente pronuncia (art. 64, secondo comma, c.p.a.).

Come è noto, ai sensi dell'art. 32, primo comma, della legge n. 69/2009, in vigore dal 19 dicembre 2012, "gli obblighi di pubblicazione di atti e provvedimenti amministrativi aventi effetto di pubblicità legale si intendono assolti con la pubblicazione nei propri siti informatici da parte delle amministrazioni e degli enti pubblici obbligati".

Come indicato, la pubblicazione della delibera di aggiudicazione definitiva – la circostanza può anche riscontrarsi accedendo al sito web dell'Amministrazione intimata - è intervenuta in data 24 maggio 2016.

Il ricorso introduttivo è stato notificato in data 6 luglio 2016, cioè ben oltre il termine decadenziale di trenta giorni di cui all'art. 120, quinto comma, c.p.a..

In sede di motivi aggiunti, peraltro, la ricorrente ha osservato che l'Amministrazione aveva ommesso di effettuare la comunicazione di cui all'art. 79 del decreto legislativo n. 163/2006.

Tuttavia, come precisato dalla giurisprudenza (cfr. Cons. St., Sez. IV, n. 740/2014 e T.A.R. del Lazio, Sede di Roma, Sez. III, n. 37428/2010), ai fini della decorrenza del termine di impugnazione dei provvedimenti relativi ad una gara pubblica, assume rilevanza l'effettiva piena conoscenza dei provvedimenti stessi, ancorché sia acquisita in fase di seduta pubblica o in altra circostanza e anteriormente alla formale comunicazione di cui al citato art. 79, e ciò perché la disposizione indicata, se risponde al fine di garantire piena conoscenza e certezza della data di conoscenza in relazione agli atti di esclusione e di aggiudicazione della gara, non prevede forme di comunicazione "esclusive" o "tassative" e consente che la piena conoscenza dell'atto sia acquisita con altre forme, ovviamente con onere della prova a carico di chi eccepisce l'avvenuta piena conoscenza con forme diverse da quelle tipiche prescritte.

Con riferimento al caso di specie, come già indicato, deve ritenersi acquisita la prova della piena conoscenza del provvedimento di aggiudicazione in quanto i fatti puntualmente allegati dall'Amministrazione resistente non sono stati specificamente contestati dalla ricorrente.

Come, infatti, affermato dalla Suprema Corte (Cass. Civ., Sez. Un., n. 761/2002), il giudice deve astenersi da qualsiasi controllo in merito al fatto non contestato, sì da ritenerlo sussistente "tout court" in quanto espunto dal "thema probandum" per volontà dispositiva delle parti, con la precisazione che il principio di non

