



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 della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 6256/ 13 R.G., proposto da:
S.A.Co.S.E.M. - Società Appalti Costruzioni Stradali Edili Marittime S.r.l., in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. con la Vi.Ma.Ra. S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Soprano, con domicilio eletto presso lo stesso in Napoli, via Melisurgo, 4;

contro

Arcadis - Agenzia Regionale Campania Difesa del Suolo, in persona del legale rappresentante p.t. rappresentata e difesa ex lege dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, presso cui domicilia in Napoli, alla via A. Diaz 11;

nei confronti di

Rillo Costruzioni S.r.l., in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. con La.Bit S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t. rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio eletto presso lo stesso in Napoli, via Melisurgo,4;
Ritonnaro Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t. rappresentata

e difesa dall'avvocato Aristide De Vivo, con domicilio eletto presso Biagio Matera in Napoli, via Duomo, 61;

per l'annullamento

della nota con cui il R.U.P. dell'Agenzia Arcadis ha disposto in favore dell'a.t.i. Rillo Costruzioni/ La.Sit s.r.l. l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto per la progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di messa in sicurezza delle aree sottostanti il contro abitato di Buonalbergo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Arcadis - Agenzia Regionale Campania Difesa del Suolo, della Rillo Costruzioni S.r.l. e di Ritonnaro Costruzioni S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nell'udienza pubblica del 26 febbraio 2014 la relazione del consigliere Paolo Corciulo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando pubblicato nel BURC n.1 del 7 gennaio 2013 la Arcadis – Agenzia Regionale Campania Difesa del Suolo ha indetto una procedura aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento della progettazione esecutiva e dei lavori di messa in sicurezza dell'area sottostante il centro abitato di Buonalbergo, in località Cozzi-Pisciariello.

All'esito delle operazioni di valutazione delle offerte, nella seduta n. 10 del 26 luglio 2013, prima classificata e, dunque aggiudicataria provvisoria, risultava l'a.t.i. Rillos.r.l. (mandataria)/La. Bit. s.r.l. (mandante), con 86,709 punti, seguita dalla

Ritonnaro Costruzioni s.r.l., con 81,212 punti, mentre giungeva terza l'a.t.i. costituenda tra S.A.CO.S.E.M.s.r.l. e VI.MA.RA. s.r.l., con 78,649 punti.

Avverso l'aggiudicazione provvisoria e contro i verbali e le operazioni di gara ha proposto ricorso a questo Tribunale la S.A.CO.S.E.M.s.r.l., in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. terza graduata, chiedendone l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari.

La società ricorrente ha proposto due distinti gruppi di censure, ciascuno volto ad ottenere l'accertamento dell'illegittima ammissione delle due concorrenti che la precedono in graduatoria, onde conseguire l'aggiudicazione della gara.

Con il primo motivo è stato dedotto che la La.Bit s.r.l. mandante dell'a.t.i. aggiudicataria provvisoria, in corso di gara era rimasta senza una valida attestazione SOA, essendo quella in suo possesso priva della verifica triennale ai sensi dell'art. 77 del d.p.r. 5 ottobre 2010 n. 207; in particolare, alla data dell'11 febbraio 2013, giorno di scadenza per la presentazione delle offerte, detta concorrente aveva una valida attestazione SOA, rilasciata il 16 maggio 2010 e con scadenza triennale al 25 maggio 2013; sebbene il contratto con la Attico SOA per la verifica triennale della conservazione dei requisiti di qualificazione fosse del 22 aprile 2013, il 18 luglio 2013 vi era stata rescissione dallo stesso per omesso deposito di documentazione da parte della La.Bit s.r.l.. Pertanto, il 22 luglio 2013 veniva stipulato un nuovo contratto per la verifica triennale a cui faceva seguito il rilascio dell'attestazione revisionata, ma solo in data 9 agosto 2013.

Essendo intervenuta la presentazione della richiesta di aggiornamento in epoca successiva alla sua scadenza triennale, ai sensi dell'art. 77 citato, la La.Bit s.r.l. non avrebbe potuto partecipare alla gara.

Con il secondo motivo è stata contestata l'illegittima ammissione alla gara dell'a.t.i. aggiudicataria, mancando nel progetto esecutivo una relazione geologica sottoscritta da un tecnico geologo; più specificamente, pur essendovi sulla

relazione progettuale la sottoscrizione di un consulente geologo e di un consulente scientifico, costoro non figurerebbero tra i progettisti, né risulta allegato un contratto di prestazione d'opera che ne giustifichi l'intervento come tecnici esterni, anche alla luce del divieto di subappalto di cui l'art. 91, terzo comma del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

Con il terzo e quarto motivo di impugnazione è stata invece contestata l'ammissione alla gara della seconda graduata, Ritonnaro Costruzioni s.r.l.

Innanzitutto, nel raggruppamento costituito dai progettisti, non sarebbe stata indicata la quota di partecipazione della Geoservizi s.r.l. e della giovane professionista, sebbene entrambi tali figure fossero state indicate come associati.

Con l'ultima censura è stato dedotto che, con riferimento al requisito di pregresso espletamento di incarichi professionali di progettazione, la mandataria del r.t.i. di progettisti della Ritonnaro Costruzioni s.r.l., CNC Ingegneri s.r.l., aveva indicato come attività di progettazione esecutiva tre incarichi – provenienti dalla ATI Rotice-Favellato, Cedis s.r.l. e Gianni Rotice – che in realtà consistevano in mere proposte migliorative rispetto a progettazioni esecutive realizzate da terzi. Inoltre, la mandante Pasquale Caianiello avrebbe indicato anch'egli il requisito progettuale con la ATI Rotice Favellato, incarico non solo di per sé inidoneo, ma comunque già eseguito dalla capogruppo CNC Ingegneri s.r.l.; allo stesso modo, sarebbero stati eseguiti dalla predetta CNC Ingegneri s.r.l. gli incarichi per conto della IVCP Power s.r.l. e della Ecoambiente Salerno s.p.a., anche questi indicati come svolti dall'ingegnere Pasquale Caianiello. Infine, quanto all'incarico con committenza Presidenza della Provincia di Salerno, la documentazione esibita non consentirebbe di accertare natura ed entità delle attività progettuali compiute.

Di conseguenza, né la CNC Ingegneri s.r.l., né Pasquale Caianiello avrebbero dimostrato il possesso di sufficienti requisiti di natura tecnico professionale richiesti dalla *lex specialis*.

Si è costituita in giudizio la Rillo Costruzioni s.r.l. concludendo per il rigetto del ricorso e della domanda cautelare.

Si sono costituite altresì la resistente Arcadis e la controinteressata Ritonnaro Costruzioni s.r.l., entrambe sollevando eccezione di irricevibilità del ricorso per tardiva impugnazione.

Alla camera di consiglio del 15 gennaio 2014, la causa è stata cancellata dal ruolo delle cautelari.

All'udienza di discussione del 26 febbraio 2014, in vista della quale sono state depositate memorie conclusionali e di replica, la causa è stata trattenuta per la decisione.

Occorre preliminarmente esaminare l'eccezione di irricevibilità sollevata sia dalla difesa della Ritonnaro Costruzioni s.r.l. che da quella della Arcadis.

A tal fine, rispetto alla data di comunicazione dell'impugnato atto di aggiudicazione provvisoria, avvenuta a mezzo posta elettronica certificata in data 2 agosto 2013, è stato evidenziato che il ricorso è stato notificato solo il 15 dicembre 2013 e, pertanto, oltre il termine decadenziale stabilito dalla vigente disciplina processuale.

A tale eccezione la difesa della ricorrente ha replicato sostenendo che dalla ricevuta di consegna della posta elettronica certificata non sarebbe possibile evincere il contenuto del messaggio spedito; né sarebbe comunque spirato il vero termine decadenziale per l'impugnazione, da ritenersi decorrente dalla comunicazione o conoscenza dell'aggiudicazione definitiva.

L'eccezione è fondata ed il ricorso deve essere dichiarato irricevibile per tardività.

In punto di fatto, non è contestato da parte ricorrente l'avvenuto ricevimento alle ore 15.30 del 2 agosto 2013 del messaggio di posta elettronica certificata – indicato nel disciplinare di gara come unico sistema di comunicazione - il cui oggetto, nella ricevuta, viene indicato come “prot. 9288”, né è contestata la ricezione del messaggio originale in allegato; ebbene, quanto al suo contenuto, la difesa della

Arcadis ha allegato – in tal senso assolvendo al proprio onere probatorio – documentazione che dimostra come il messaggio spedito indicasse l'avvenuta pubblicazione di una «comunicazione del responsabile unico del procedimento con estratto del verbale di seduta pubblica del 26 luglio 2013, contenente le risultanze provvisorie della procedura in oggetto e che ad ogni buon fine si allega in copia l'aggiudicazione provvisoria». Tale circostanza non può ritenersi smentita o validamente resistita da quanto sostenuto da parte ricorrente nella memoria del 10 febbraio 2014, secondo cui non sarebbe possibile identificare l'esatto contenuto del predetto messaggio; l'assunto, invero, resta sul piano di una generica ed apodittica affermazione negativa, smentita dall'allegazione documentale della stazione appaltante, da cui è anche possibile risalire al contenuto del messaggio inviato alle concorrenti circa l'esito della gara; non vi è dubbio, infatti, che oltre alla nota n. 9288, risulta inviata l'atto del responsabile del procedimento in cui si indicano esiti e punteggi che hanno determinato la formazione della graduatoria e l'individuazione dell'aggiudicatario provvisorio.

È dato acquisito che la società ricorrente avesse avuto conoscenza dell'esito a sé sfavorevole della gara già alla data del 2 agosto 2013, mediante ricevimento di idonea comunicazione a sensi dell'art. 79 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 a mezzo posta elettronica certificata.

Pertanto, la notificazione del ricorso, avvenuta con consegna del plico in data 16 dicembre 2013, è avvenuta oltre il termine decadenziale di trenta giorni stabilito dall'art. 120 del c.p.a. per il rito in materia di appalti, con conseguenziale irricevibilità dell'impugnazione.

Quanto all'altra argomentazione difensiva, rileva il Collegio che l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione provvisoria costituisce frutto di una specifica scelta del ricorrente che denota l'interesse processuale ad un'anticipazione del giudizio sul procedimento di gara rispetto alla sua fisiologica conclusione, da individuarsi al

momento dell'adozione dell'aggiudicazione definitiva. Tuttavia, l'esercizio di tale opportunità non può restare senza conseguenze sul piano processuale, anche perché ancorare il termine decadenziale di impugnazione – che, si badi, deve restare unico - alla sopravvenienza dell'aggiudicazione definitiva, si rivelerebbe una contraddizione in termini rispetto alla possibilità (astratta) ed alla concreta impugnazione di quella provvisoria; invero, così opinando, il ricorso proposto avverso l'aggiudicazione provvisoria non sarebbe mai decidibile in assenza di un'aggiudicazione definitiva impugnata; ed è proprio questo il caso di specie, in cui il procedimento non si è formalmente concluso, difettando ancora l'aggiudicazione definitiva. Per scongiurare tale logica considerazione occorre accedere all'idea che, una volta impugnata l'aggiudicazione provvisoria, la necessaria configurabilità di un interesse processuale attuale e concreto impone di intendere il relativo giudizio come connotato da un certo grado di autonomia rispetto a quello, a questo punto eventuale, avente ad oggetto l'aggiudicazione definitiva.

Sul piano sostanziale, d'altra parte, la relazione esistente tra i due atti impone di attribuire all'aggiudicazione provvisoria una portata eccedente rispetto ad mero atto endoprocedimentale, finendo per doverla inquadrare come atto necessario a natura predecisoria.

E se tale è la qualificazione corretta – tale da consentire di salvaguardare la richiamata opzione processuale - il collegamento tra i due atti finali del procedimento sottende una distribuzione del potere autoritativo di gestione del procedimento che si articola in senso qualitativo e non anche di contenenza dell'aggiudicazione definitiva rispetto a quella provvisoria; tale idea, d'altronde, riposa sulla natura essenzialmente tecnico discrezionale di quest'ultima rispetto all'aggiudicazione definitiva a cui appartengono anche spazi valutativi di diversa e più ampia portata, fino ad coinvolgere sul piano della più pura discrezionalità la

stessa ragion d'essere dell'operazione economica destinata a trovare attuazione nella stipulazione del contratto.

Sul piano processuale – non diversamente da quanto accade nel rapporto processuale esistente tra impugnazione dell'esclusione e dell'aggiudicazione intervenuta in favore di terzi - chi decide di impugnare già la sola aggiudicazione provvisoria dà vita, dunque, ad un processo autonomo che, essendo destinato a concludersi fisiologicamente con una decisione di merito, non può dipendere dall'adozione di atti successivi, magari non ancora esistenti al momento del passaggio in decisione. L'accoglimento di un ricorso proposto contro l'aggiudicazione provvisoria, determinerà il venir meno di tale atto presupposto - quantunque interno al procedimento ed ancorchè a rilevanza predecisoria – in modo da impedire alla stazione appaltante di procedere all'aggiudicazione definitiva.

Ma l'autonomia tra i due giudizi – che, a valle, può risolversi nell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva ai fini della conservazione dell'interesse processuale originario – implica che lo sbarramento costituito dal primo termine decadenziale opererà rispetto a tutti i vizi del procedimento che confluiscono nell'aggiudicazione provvisoria, quale atto sostanzialmente predecisorio e parzialmente conclusivo, lasciando al futuro ed eventuale ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva la presentazione di censure inerenti vizi propri solo di tale atto e comunque relativi a vicende procedurali successive rispetto all'adozione dell'aggiudicazione provvisoria. Diversamente opinando, oltre all'elusione del termine decadenziale di impugnazione che resta unico – essendo la possibilità di impugnare l'aggiudicazione provvisoria un favor per l'impresa – altra ricaduta processuale sarebbe la violazione del divieto del ne bis in idem, ove si consentisse attraverso l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva una sostanziale duplicazione o parziale sovrapposizione dell'oggetto del primo giudizio.

Da tali considerazioni discende che, una volta deciso di impugnare l'aggiudicazione provvisoria, il ricorrente deve osservare le regole processuali di quello che si configura come un autonomo giudizio, regole tra cui figura quella della natura decadenziale del termine di proposizione, senza alcuna possibilità di eluderlo spostando in avanti o avvalendosi del termine per la rituale contestazione di un atto successivo, nel caso di specie nemmeno adottato.

Né potrebbe, infine, obiettarsi che una possibile definizione in rito del ricorso proposto contro l'aggiudicazione provvisoria, proprio per la sua insuscettibilità di passare in cosa giudicata, possa consentire in ogni caso la riproposizione delle medesime censure dedotte come vizi relativi all'aggiudicazione definitiva, successivamente emanata ed impugnata, dal momento che la gestione del potere di reazione processuale, implicando anche esigenze di certezza e proporzionalità, mai potrebbe giungere al riconoscimento di un eccesso di tutela giurisdizionale, quale sarebbe la possibilità di fruire di un doppio termine decadenziale di impugnazione per la proposizione di un medesimo oggetto di contestazione.

Alla luce delle considerazioni che precedono il ricorso deve essere dichiarato irricevibile, con integrale compensazione delle spese processuali tra le parti, in ragione della particolarità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara irricevibile e compensa le spese.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 26 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Paolo Corciulo, Consigliere, Estensore

Rosalba Giansante, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/03/2014

IL SEGRETARIO

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