

Pubblicato il 28/04/2017

N. 00898/2017 REG.PROV.COLL.
N. 02570/2016 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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2570 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla San Pio Appalti S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Danilo Colombo, con domicilio presso la Segreteria del Tar, in Catania, via Milano 42 a;

contro

Comune di Avola, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Blanco, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria del Tar, in Catania, via Milano 42a;

Centrale Unica di Committenza c/o Consorzio Tirreno Ecosviluppo 2000 Soc. Cons. A R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Benedetta Caruso, con domicilio eletto presso il suo studio in Catania, viale Raffaello Sanzio, 60;

nei confronti di

L.S.V. Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Pietro De Luca, con domicilio eletto presso il

suo studio in Catania, viale A. De Gasperi 93;

per l'annullamento

quanto al ricorso principale:

- del verbale di procedura telematica del 7 dicembre 2016, con cui la Centrale Unica di Committenza c/o Consorzio Tirreno Ecosviluppo 2000 Società Consortile a r.l. ha disposto l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto relativo all'affidamento dei "Lavori di riqualificazione ambientale del Lungomare di Avola, Via E. Morante" (C.I.G.: 6600622D93; CUP G63D15o03290002) alla ditta L.S.V. Costruzioni s.r.l.;
 - del verbale di gara di seduta riservata dell'8 dicembre 2016, letto dalla Commissione di gara il successivo 7 dicembre c.a., con cui la Centrale Unica di Committenza c/o Consorzio Tirreno Ecosviluppo 2000 Società Consortile a r.l., in accoglimento della richiesta della controinteressata, ha disposto la revoca dell'aggiudicazione provvisoria in favore della San Pio Appalti s. r. l. e la sua esclusione dalla procedura di gara;
 - dello stesso verbale del 7 dicembre 2016, con cui non sono state accolte le osservazioni della San Pio Appalti s.r.l.;
 - della nota pec del 9 dicembre 2016 con cui la Centrale Unica di Committenza c/o Consorzio Tirreno Ecosviluppo 2000 Società Consortile a r.l. ha comunicato alla ricorrente la disposta aggiudicazione provvisoria alla ditta L.S.V. Costruzioni s.r.l.;
 - del provvedimento di aggiudicazione definitiva, ad oggi non conosciuto;
- della lettera d'invito e di ogni altro atto di gara nella parte in cui, ai fini della partecipazione, ha richiesto, a pag. 4, all'operatore economico (già in possesso della necessaria qualificazione SOA per i lavori di che trattasi), la capacità economica e finanziaria da provare attraverso il "Fatturato globale d'impresa, al netto dell'IVA, realizzato negli ultimi tre esercizi finanziari non inferiore all'importo totale dei lavori oggetto dell'appalto, da dimostrare nelle forme di cui all'art. 86 del D. Lgs n. 50/2016" (pag. 4 della lettera d'invito);

- della lettera d'invito, a pag. 5, lett. h) nella parte in cui ha richiesto, per la partecipazione alla gara, il requisito della capacità economica e finanziaria da dimostrarsi mediante "... Fatturato globale d'impresa per un importo non inferiore a 407.357,20 al netto dell'IVA realizzato negli ultimi tre esercizi, da dimostrare nelle forme di cui all'art. 86 del D. Lgs n. 50/2016;

- di ogni altro atto presupposto e/o consequenziale anche se non conosciuto.

nonché' per l'accoglimento

- della domanda di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del relativo contratto e, ove nelle more il contratto fosse già stipulato, della domanda di declaratoria di inefficacia del contratto stesso, nell'ipotesi in cui fosse stato o nelle more venisse stipulato, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 121 e 122 del D.Igs. n. 104/2010 nonché della relativa domanda di subentro;

- per l'eventuale applicazione di sanzioni alternative ex art. 123 del D.Igs. n. 104/2010;

nonché, in via subordinata, per l'accoglimento della domanda di condanna della P.A. al risarcimento per equivalente monetario a titolo di rifusione dei danni subiti e subendi a causa dei provvedimenti impugnati, nella misura del 15 % dell'importo a base d'asta (di cui il 10 % per lucro cessante e il 5% per danno curriculare), ovvero nella maggiore o minore somma che risulterà in corso di giudizio, con espressa riserva di ulteriormente dedurre, precisare e comprovare, in ogni caso oltre a interessi legali e a rivalutazione monetaria, trattandosi di debito di valore;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

- del provvedimento del 20 gennaio 2017, comunicato a mezzo pec l'1 febbraio 2017, con cui il Comune di Avola ha disposto, con determinazione del responsabile unico del procedimento, l'aggiudicazione definitiva dell'appalto relativo all'affidamento dei "Lavori di riqualificazione ambientale del Lungomare di Avola, Via E. Morante" (C.I.G.: 6600622D93; CUP G63D15003290002) alla ditta L.S.V. Costruzioni s.r.l.;

di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Avola, della Centrale Unica di Committenza c/o il Consorzio Tirreno Ecosviluppo 2000 Soc. Cons. A R.L. e della L.S.V. Costruzioni S.r.l.;

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 23 marzo 2017 il dott. Francesco Mulieri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Avola indiceva una procedura negoziata ai sensi dell'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, per l'affidamento dei *“Lavori di riqualificazione ambientale del lungomare di Avola, via E. Morante”* per un importo complessivo a base d'asta pari a € 407.357,20.

La gara era espletata dalla Centrale Unica di Committenza presso il Consorzio Tirreno Ecosviluppo 2000 soc. cons. a r.l. attraverso una piattaforma telematica.

A seguito della ricevuta manifestazione di interesse, in data 20 settembre 2016 la predetta C.U.C. invitava alla procedura la San Pio Appalti s.r.l. che vi partecipava e veniva in un primo momento ammessa.

Con verbale dell'1 dicembre 2016, la San Pio Appalti era esclusa dalla ridetta procedura con la seguente motivazione: *“preso atto che non ha dimostrato i requisiti di capacità economico finanziaria (fatturato globale d'impresa) specificatamente richiesti dalla stazione appaltante e che tale omissione comporta l'esclusione dalla procedura di gara”*.

Detto provvedimento di esclusione veniva poi confermato nella seduta del 7 dicembre 2016, durante la quale l'appalto era aggiudicato in via provvisoria

alla LSV Costruzioni s.r.l..

Con ricorso, notificato il 23 dicembre 2016 e depositato il 27 dicembre successivo, la San Pio Appalti ha impugnato il verbale dell'1 dicembre 2016 (con il quale è stata disposta la propria esclusione dalla gara) il verbale del 7 dicembre con il quale è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria nei confronti della controinteressata LSV Costruzioni s.r.l.) e la lettera di invito nella parte in cui richiede, quale requisito di partecipazione, la capacità economica e finanziaria da provare attraverso il *“fatturato globale d'impresa, al netto dell'IVA, realizzato negli ultimi tre esercizi finanziari non inferiore all'importo totale dei lavori oggetto dell'appalto, da dimostrare nelle forme di cui all'art. 86 del dlgs n. 50/2016”* (lettera di invito pag. 4 e pag. 5, lett. h).

Secondo la ricorrente gli atti di gara sarebbero illegittimi per i seguenti motivi:

- 1) *“Violazione e falsa applicazione degli artt. 83, 84 e 86 del Nuovo Codice degli Appalti - Eccesso di potere per difetto d'istruttoria - Illogicità manifesta”*: la San Pio Appalti s.r.l. sarebbe in possesso dei requisiti di qualificazione necessari per la partecipazione alla gara di che trattasi in quanto in possesso di attestazione SOA rilasciata dall'organismo di attestazione ATTICO SOA che l'abilita per le categorie dei lavori e per gli importi richiesti dalla lettera d'invito;
- 2) *“Violazione e falsa applicazione degli artt. 83, 84 e 86 del Nuovo Codice degli Appalti sotto altro profilo - Violazione e falsa applicazione del principio di tassatività delle cause di esclusione - Eccesso di potere per difetto d'istruttoria - Illogicità manifesta”*: le disposizioni di *lex specialis* che richiedono a ciascun partecipante, ai fini del requisito della capacità economica e finanziaria, oltre la SOA, anche il fatturato globale dell'impresa, sarebbero illogiche, inammissibili ed erronee in quanto non proporzionate all'oggetto dell'appalto;
- 3) *“Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, nono comma, del Nuovo Codice degli Appalti - Eccesso di potere”*: la C.U.C. ha deciso l'esclusione dalla gara della San Pio Appalti s.r.l. senza disporre il preventivo soccorso istruttorio e dunque alla ricorrente sarebbe stata preclusa la possibilità di comprovare il requisito

economico e finanziario, così come contemplati dal comma 9 dell'art. 83 del Nuovo Codice degli Appalti.

Per resistere al ricorso si sono costituite le parti intime, ovvero la Centrale Unica di Committenza, il Comune di Avola e la LSV Costruzioni eccependo l'irricevibilità del ricorso per tardività, non essendo stata impugnata la lettera di invito nella parte in cui prevedeva la capacità economico finanziaria quale requisito di partecipazione nel termine di 30 giorni dalla sua pubblicazione. Nel merito, hanno chiesto che il ricorso sia rigettato perché infondato, stante la legittimità del provvedimento di esclusione nei confronti della San Pio Appalti, in quanto sprovvista di un requisito di partecipazione richiesto espressamente dalla *lex specialis*.

Con ordinanza cautelare n. 63/2017, la Sezione ha rigettato l'istanza di sospensione degli atti impugnati con la seguente motivazione: *“Considerato che non sussistono i presupposti per l'accoglimento della domanda cautelare, tenuto conto che la concorrente, sorteggiata per la verifica dei requisiti, è stata esclusa dalla gara per la mancanza di un requisito espressamente previsto dalla lettera di invito (non tempestivamente impugnata)”*.

Con determina n. 10 del 21 gennaio 2017, il Comune di Avola ha provveduto all'aggiudicazione definitiva nei confronti dell'impresa LSV Costruzioni s.r.l.

Con ricorso per motivi aggiunti, notificato il 13 febbraio 2017 e depositato il 24 febbraio successivo, la San Pio Appalti s.r.l. ha impugnato detta determina per illegittimità derivata, chiedendo la concessione della misura cautelare monocratica ai sensi dell'art. 56 c.p.a

Con Decreto Presidenziale n. 163 dell'1 marzo 2017, Il Presidente della I Sezione del Tar Catania ha rigettato tale richiesta.

In vista dell'udienza di merito le parti hanno depositato memorie con le quali hanno insistito nelle rispettive domande ed eccezioni.

Alla pubblica udienza del 23 marzo 2017, il ricorso è stato posto in decisione alla presenza dei procuratori delle parti presenti come da verbale.

DIRITTO

Il Collegio esamina in via preliminare l'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività sollevata da tutte le parti resistenti.

L'eccezione è fondata.

Per costante giurisprudenza dalla quale non v'è motivo discostarsi, sussiste, infatti, un onere di immediata impugnazione della *lex specialis* in relazione alla clausole immediatamente escludenti, riguardanti requisiti di partecipazione, che siano ex se ostative all'ammissione dell'interessato, o, al più, impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati rispetto ai contenuti della procedura. (cfr. Ad. plen. nn. 9 del 2014 e 1 del 2003; Consiglio di Stato Sez. V, n. 5155/2013, Consiglio di Stato n. 1133/2016, Consiglio di Stato n. 510/2016).

Nel caso di specie non può dubitarsi del fatto che si tratti di clausole immediatamente escludenti, riguardando requisiti di partecipazione, quali il possesso di un fatturato globale negli ultimi tre esercizi finanziari pari all'importo dei lavori posto a base d'asta.

Ne consegue che la ricorrente, invitata alla procedura dalla stazione appaltante in data 20 settembre 2016, avrebbe dovuto impugnare tempestivamente la lettera d'invito contenente dette clausole.

Il ricorso, invece, è stato notificato in data 23/12/2016 ben oltre il termine di trenta giorni dalla pubblicazione della lettera di invito.

Non colgono nel segno le argomentazioni con cui la ricorrente lamenta di essere stata tratta in errore dalla Commissione di gara e deduce che l'interesse ad impugnare la clausola in contestazione sarebbe sorto solo a seguito della revoca dell'aggiudicazione provvisoria (effettuata in sede di riapertura della gara in data 07/12/2016).

Ciò in quanto l'asserito affidamento ingenerato dalla Commissione non può costituire errore scusabile, dato che gli atti dalla stessa emessi (in un primo tempo a favore della San Pio Appalti s.r.l.) sono divenuti efficaci e sono stati portati a conoscenza dell'interessata in epoca successiva alla scadenza del termine d'impugnazione.

Dalle considerazioni che precedono discende la declaratoria di irricevibilità del ricorso.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara irricevibile.

Condanna la San Pio Appalti s.r.l. al pagamento delle spese di lite che si liquidano in € 2.000,00 (duemila/00) oltre accessori nei confronti del Comune di Avola ed € € 2.000,00 (duemila/00) oltre accessori nei confronti della L.S.V. Costruzioni S.r.l.; compensa le spese nei confronti della Centrale Unica di Committenza c/o Consorzio Tirreno Ecosviluppo 2000 Soc. Cons. A R.L. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Dauno Trebastoni, Consigliere

Francesco Mulieri, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Francesco Mulieri

IL PRESIDENTE
Antonio Vinciguerra

IL SEGRETARIO