

Pubblicato il 15/06/2018

N. 01243/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00342/2018 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 Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 342 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Alitalia – Società Aerea Italiana S.p.a. in amministrazione straordinaria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Annoni, Leonardo Frattesi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo Studio dell'avvocato Valerio Zimatore, in Catanzaro, alla via Buccarelli, n. 49;

contro

Regione Calabria, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Angela Marafioti e Oreste Morcavallo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Airport Marketing Service Limited, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Matteo Castioni, Giannalberto Mazzei, Arcangelo Pecchia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di

Giustizia;

Publifast S.r.l., Dekmatis S.n.c., non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

a) del decreto del dirigente del Dipartimento Turismo, Beni Culturali, Istruzione e Cultura della Regione Calabria del 7 febbraio 2018, n. 491, limitatamente alla parte in cui dispone l'ammissione della società Airport Marketing Service Limited alle "fasi successive" della procedura aperta indetta dalla stessa Regione Calabria "per l'affidamento, ai sensi del D.Lgs. n. 50/2016, dei servizi di promozione e comunicazione per la realizzazione di una campagna di "advertising" finalizzata ad intercettare nuovi flussi turistici verso la destinazione "Calabria" ed alla promozione del territorio regionale calabrese nei mercati di riferimento";

b) di ogni ulteriore atto e provvedimento a questo connesso, presupposto o consequenziale ivi compresi i seguenti atti e provvedimenti:

- b1) decreto del dirigente del Dipartimento Turismo, Beni Culturali, Istruzione e Cultura della Regione Calabria del 15 dicembre 2017, n. 14306, limitatamente alla parte in cui dispone "la rideterminazione della riammissione della Società Airport Marketing Service Limited" alla gara annullando in parte qua il precedente decreto dirigenziale del 10 ottobre 2017, n. 11192, con conseguente attivazione del soccorso istruttorio *ex art. 83, comma 9 del d.lgs. 18 aprile 2006, n. 50*, nei confronti di tale concorrente;

- b2) nota prot. n. 372161/Siar del 29 novembre 2017 con la quale il responsabile unico del procedimento ha comunicato al Dirigente Generale del Dipartimento Turismo di ritenere che le carenze riscontrate in sede di verifica amministrativa nell'offerta presentata dalla Airport Marketing Service Limited "non possono farsi rientrare tra le irregolarità essenziali non sanabili";

- b3) verbale di gara relativo alla seduta riservata del 29 gennaio 2018, nella parte in cui la commissione ha disposto l'ammissione alle successive fasi della procedura della società Airport Marketing Service Limited all'esito dell'esperimento della "attività di verifica della documentazione amministrativa prodotta a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio";

- *b4*) per quanto occorrer possa, delle previsioni di cui ai paragrafi 6.8 e 19.3, n. V del Disciplinare di Gara ove interpretabili nel senso di ritenere sanabili mediante soccorso istruttorio le carenze e le irregolarità della documentazione amministrativa presentata della Airport Marketing Service Limited;
e per la conseguente condanna dell'amministrazione intimata a disporre nuovamente l'esclusione della Gara della Airport Marketing Service Limited.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Calabria e di Airport Marketing Service Limited;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2018 il dott. Francesco Tallaro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – L'odierna lite riguarda l'ammissione di Airport Marketing Service Limited (AMSL) alla gara indetta dalla Regione Calabria per l'affidamento dei servizi di promozione e comunicazione per la realizzazione di una campagna di *advertising* finalizzata ad intercettare nuovi flussi turistici verso la Calabria e alla promozione del territorio regionale calabrese nei mercati di riferimento.

In particolare, Alitalia – Società Aerea Italiana S.p.a. contesta, con ricorso integrato da motivi aggiunti depositati dopo l'ostensione – da parte della Regione Calabria – di tutti i documenti di gara, che l'amministrazione, dopo aver escluso il citato concorrente, abbia poi mutato avviso, esercitando il soccorso istruttorio e ammettendolo alla procedura.

2. – La Regione Calabria e AMSL si sono costituiti in giudizio e hanno resistito al ricorso, che è stato discusso e spedito in decisione all'udienza pubblica dell'8 giugno 2018.

3. – Debbono essere vagliate prioritariamente le questioni preliminari proposte dall'amministrazione intimata e dalla controinteressata.

3.1. – La controinteressata ritiene che il ricorso sia inammissibile perché le notifiche ad essa indirizzate sarebbero inesistenti.

3.1.1. – Invero, parte ricorrente:

a) in data 9 marzo 2018 ha inoltrato la notifica del ricorso a mezzo PEC, ai sensi dell'art. 3-*bis* l. 21 gennaio 1994, n. 53, all'indirizzo fritaly@legalmail.it;

b) in data 22 marzo 2018 ha presentato all'UNEP istanza affinché il ricorso venisse notificato *“sia a mezzo del servizio postale ai sensi dell'art. 142, comma 2, c.p.c. e dell'art. 14 del Regolamento CE n. 1393/2007, sia ai sensi dell'art. 8 della Convenzione dell'Aja e degli artt. 37 e 77 del D.lgs. 71/2011”*.

3.1.2. – Ebbene, dall'esame del registro INIPEC risulta che l'indirizzo verso cui il difensore di parte ricorrente ha inoltrato la PEC appartiene alla Ryanair DAC.

Il citato soggetto, per come risulta ancora una volta dall'esame del citato registro INIPEC, ha una sede in Italia.

Per tale ragione, a parere del Collegio non è corretto affermare, come invece fa la difesa di AMSL, che il difensore di parte ricorrente abbia eseguito, senza averne i poteri, una notificazione verso l'estero.

La notificazione, infatti, è stata eseguita all'indirizzo PEC di un soggetto che ha una sede in Italia.

3.1.3. – Tale soggetto, però, sebbene abbia il controllo totalitario di AMSL, è tuttavia soggetto giuridico da questa ben distinto.

È vero che tale indirizzo è stato indicato dalla AMSL nella domanda di partecipazione e nel DGUE quale recapito ai fini di tutte le comunicazioni e notificazioni inerenti la procedura di gara.

Nondimeno, il citato art. 3-*bis* l. n. 53 del 1994 stabilisce che la notificazione con modalità telematica si esegue a mezzo di posta elettronica certificata all'indirizzo risultante da pubblici elenchi, che sono quelli indicati all'art. 16-*ter* d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. con mod. con l. 17 dicembre 2012, n. 221.

La notificazione eseguita da Alitalia, pertanto, è difforme dal modello legale.

3.1.4. – Il fatto che l'indirizzo PEC cui il ricorso è stato inoltrato risulti indicato in sede di gara dall'AMSL come indirizzo cui inoltrare ogni comunicazione, ha comunque rilievo giuridico.

Esso, in effetti, preclude la possibilità di affermare che la notifica sia stata inoltrata a un indirizzo PEC privo di qualsivoglia collegamento con l'effettivo destinatario della notificazione.

La conseguenza è che la notificazione del ricorso a mezzo PEC non è giuridicamente inesistente, così come sostiene la controinteressata, bensì nulla.

La costituzione di AMSL ha avuto dunque l'effetto, ai sensi dell'art. 156, comma 3 c.p.c., di sanare la nullità prodottasi, posto che in ogni caso risulta raggiunto lo scopo cui la notificazione era preordinata.

3.1.5. – Il rapporto processuale tra ricorrente e controinteressato si è pertanto correttamente costituito per la via illustrata ai §§ che precedono, sicché dell'altra notificazione eseguita non occorre ragionare.

3.2. – L'altra questione preliminare attiene alla tempestività del ricorso, contestata tanto dall'amministrazione intimata, tanto dalla controinteressata.

In particolare, sarebbe tardiva l'impugnazione del decreto del dirigente del Dipartimento Turismo, Beni Culturali, Istruzione e Cultura della Regione Calabria del 15 dicembre 2017, n. 14306, il quale ha stabilito di riammettere AMSL alla gara e di consentirle di regolarizzare la propria documentazione amministrativa.

Infatti, tale provvedimento è stato pubblicato sul bollettino ufficiale della Regione Calabria n. 4 del 9 gennaio 2018 e notificato a mezzo di PEC ad Alitalia.

3.2.1. – Il Collegio, per come posto in evidenza dalla ricorrente, rileva che la comunicazione del decreto risulta trasmessa all'indirizzo PEC *amministrazionestraordinaria.pec@gruppoalitalia.it* anziché a quello corretto *amministrazionestraordinaria.pec@gruppo.alitalia.it*, indicato negli atti di gara.

In ogni caso, l'amministrazione ha prodotto solo copia (*recte*: il file in formato .pdf ricavato dall'originaria ricevuta in formato .eml o .msg) della ricevuta di accettazione della PEC, non anche della ricevuta di consegna.

Quindi, non vi è prova che tale notificazione si sia perfezionata.

3.2.2. – La pubblicazione del decreto sul bollettino ufficiale, d'altro canto, non era idonea a far decorrere i termini per l'impugnazione del decreto.

Infatti, a mente dell'art. 120, comma 2-*bis* c.p.a., il termine di impugnazione dei provvedimenti relativi all'esclusione e all'ammissione alla gara decorrono dalla pubblicazione del provvedimento sul profilo (il sito informatico su cui sono pubblicati gli atti e le informazioni in tema di contratti pubblici, a mente dell'art. 33, comma 1, lett. *nmn*) d.lgs. n. 50 del 2016) della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici

Si tratta, come già evidenziato in giurisprudenza, di una norma che deroga alla disciplina generale sull'impugnazione degli atti amministrativi e che prevede un meccanismo oneroso per i potenziali ricorrenti, per cui deve ritenersi di stretta interpretazione (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 20 marzo 2018, n. 1765).

Pertanto, gli effetti derivanti dalla pubblicazione del provvedimento relativo all'esclusione o all'ammissione sul profilo della stazione appaltante non si producano in ipotesi diverse, quali la partecipazione di un rappresentante del concorrente alla seduta della commissione di gara (cfr. la già citata Cons. Stato, Sez. III, 20 marzo 2018, n. 1765; ma anche T.A.R. Piemonte, Sez. II, 26 febbraio 2018, n. 262, TAR Lazio – Latina, 5 ottobre 2017, n. 493) o, come nel caso di specie, la pubblicazione del provvedimento sul bollettino ufficiale dell'amministrazione.

3.2.3. – Deve concludersi che l'impugnativa è tempestiva.

4. – Venendo al merito del ricorso, si rileva come AMLS sia stata in un primo tempo esclusa dalla gara in quanto la documentazione prodotta presentava le seguenti lacune:

a) mancata indicazione, nella apposita sezione del DGUE, del “*fatturato generale*” e di quello “*specifico*” maturato nel periodo di riferimento, dei bilanci

conseguiti per il triennio 2014-2016, nonché dei servizi analoghi svolti nel medesimo periodo nel settore oggetto dell'appalto da affidare;

b) mancata produzione delle due referenze bancarie o dei bilanci relativi al predetto triennio 2014-2016;

c) indicazione di un gruppo di lavoro “*non adeguato*”;

d) mancata presentazione della cauzione provvisoria e del PASSOE munito di sottoscrizione;

e) produzione di visura camerale estera priva di traduzione giurata in lingua italiana.

Secondo quanto sostenuto da Alitalia con il ricorso principale, tali lacune non avrebbero consentito di fare ricorso al soccorso istruttorio; infatti, i vizi della documentazione prodotta dalla AMSL a corredo dell'offerta non sarebbero riferiti ad elementi meramente formali, bensì integrerebbero carenze sostanziali di estrema gravità afferenti elementi essenziali dell'offerta.

Inoltre, il provvedimento di riammissione sarebbe carente di motivazione e sarebbe stato emesso senza assicurare a tutti i concorrenti la partecipazione endoprocedimentale.

5. – Con i motivi aggiunti, la ricorrente, oltre ad insistere sulle argomentazioni già illustrate, ha dedotto che anche all'esito del soccorso istruttorio le carenze documentali non sarebbero state sanate.

In particolare, la cauzione provvisoria prodotta sarebbe inidonea; le referenze bancarie sarebbero irrispondenti alle richieste della legge speciale di gara; la controinteressata avrebbe modificato la propria offerta allo scopo di individuare un gruppo di lavoro ritenuto idoneo.

6. – Ritiene il Collegio di poter prescindere all'esame della sanabilità delle carenze riscontrate dalla Regione Calabria nell'offerta presentata da AMSL, in quanto risultano *ictu oculi* fondati i motivi aggiunti, nella parte in cui rilevano che nonostante il soccorso istruttorio non siano state sanate le mancanze evidenziate.

6.1. – Invero, a titolo di garanzia la controinteressata ha presentato fideiussione rilasciata in data 10 luglio 2017 dalla Banca Nazionale del Lavoro S.p.a.

Tale fideiussione, nondimeno, è stata rilasciata a garanzia di Ryanair DAC, che – come già osservato – è soggetto giuridico distinto da AMSL.

Non si tratta, invero, di un mero refuso, ma di un elemento che pregiudica la possibilità per l'amministrazione di riscuotere, ove ne ricorrano i presupposti, la garanzia, posto che l'eventuale inadempimento sarebbe posto in essere non già dal soggetto garantito (Ryanair DAC), ma da un soggetto diverso (AMSL).

6.2. – Anche una delle due necessarie referenze bancarie risulta inadeguata.

In particolare, con nota del 19 gennaio 2018 Citibank Europe PLC ha dichiarato di avere rapporti bancari soddisfattori con AMSL, che ha aperto un conto presso l'istituto in data 27 ottobre 2017.

Orbene, tale documento attesta l'esistenza di un rapporto tra AMSL e Citibank Europe PLC che è sì soddisfacente per l'istituto di credito, ma che risale solo al 27 ottobre 2017, vale a dire ad una data posteriore a quella di scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara (10 luglio 2017).

Si tratta, pertanto, di documento inidoneo a dimostrare l'esistenza del requisito di idoneità economico-finanziaria alla data rilevante di presentazione delle domande di gara.

6.3. – Infine, il Collegio non può non evidenziare che, quanto al gruppo di lavoro, la controinteressata non si è limitata a sanare una carenza documentale, bensì ha provveduto ad integrarne la composizione.

Ci si trova, evidentemente, di fronte a una modifica dell'offerta, che non rientra nell'ambito di operatività del soccorso istruttorio.

7. – In conclusione, i motivi aggiunti devono essere accolti, con annullamento dei provvedimenti impugnati e conseguente esclusione dalla gara di AMSL.

8. – La regolamentazione delle spese di lite segue il principio della soccombenza. Nella liquidazione si tiene conto del mancato deposito delle

copie cartacee previste dall'art. 7 d.l. 31 agosto 2016, n. 168, conv. con mod. con l. 25 ottobre 2016, n. 197.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto:

- a) annulla i provvedimenti impugnati;
- b) condanna la Regione Calabria, in persona del Presidente in carica, e Airport Marketing Service Limited, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in solido tra di loro, alla rifusione, in favore di Alitalia – Società Aerea Italiana S.p.a., delle spese e competenze di lite, che liquida nella misura complessiva di € 3.000,00, oltre al rimborso del contributo unificato e delle spese generali nella misura del 15%, nonché oltre a IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Tallaro, Presidente FF, Estensore

Francesca Goggiamani, Referendario

Pierangelo Sorrentino, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Francesco Tallaro

IL SEGRETARIO