

N. 06939/2011REG.PROV.COLL.

N. 01702/2011 REG.RIC.

N. 01703/2011 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1702 del 2011, proposto da Syromar S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Enrico Salone, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense 104;

contro

Ampere Sistemi e Strumentazioni Elettroniche Sas di Mattana Francesco e C., rappresentata e difesa dall'avv. Tonino Tegas, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, 104;

nei confronti di

Comune di Palau;

sul ricorso numero di registro generale 1703 del 2011, proposto dal Comune di Palau, rappresentato e difeso dall'avv. Alberto Onorato, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, 104;

contro

Ampere Sistemi e Strumentazioni Elettroniche Sas di Mattana Francesco e C.,
rappresentata e difesa dall'avv. Tonino Tegas, con domicilio eletto presso Antonia
De Angelis in Roma, via Portuense, 104;

nei confronti di

Syromar S.r.l.;

per la riforma

entrambi i ricorsi

della sentenza del T.a.r. Sardegna, Sezione I, n. 02675/2010, resa tra le parti,
concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO GESTIONE PARCHEGGIO A
PAGAMENTO

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio in entrambi i giudizi di Ampere Sistemi e
Strumentazioni Elettroniche Sas di Mattana Francesco e C. ;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 novembre 2011 il Cons. Nicola
Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Ferrara, per delega dell'Avv. Salone, e
Matassa, per delega dell'Avv. Onorato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il Comune di Palau con determinazione del dirigente del Settore Affari Generali n.
104 del 25/4/2010 indicava una procedura aperta per l'affidamento in concessione
del servizio di gestione di un'area di sosta a pagamento e servizi accessori in
località "Isuledda" per il quinquennio 2010-2014.

Con ricorso al TAR per la Sardegna la Ampere Sistemi e Strumentazioni
Elettroniche s.a.s. di Mattana Francesco e C. (di seguito, semplicemente

AMPERE) impugnava il bando e gli atti della procedura, ed in particolare la propria esclusione da questa e la successiva aggiudicazione (provvisoria, e indi definitiva) della commessa alla Syromar s.r.l..

La ricorrente domandava, oltre all'accertamento del proprio diritto ad essere riammessa alla gara, anche la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con la controinteressata.

A fondamento del ricorso venivano svolti tre mezzi intesi a contestare la sussistenza della ragione dell'avversata esclusione, ragione identificata dalla Commissione nella mancata dichiarazione, da parte di AMPERE, *“di svolgere l'attività oggetto dell'appalto, cioè specificatamente la gestione di parcheggi su area pubblica”*, e ricondotta quindi dalla ricorrente al requisito di idoneità professionale richiesto dall'art. 5, n. 2, lett. A), punto 2 delle Norme di partecipazione, consistente nella presentazione di una dichiarazione sostitutiva di certificazione attestante, appunto, *“l'iscrizione alla Camera di Commercio ... per l'attività oggetto di questo appalto, cioè specificatamente per la gestione di parcheggi su area pubblica”*.

Si costituiva in resistenza al gravame il Comune intimato, che ne eccepiva l'inammissibilità sotto vari profili e ne deduceva l'infondatezza nel merito.

La domanda cautelare proposta dalla ricorrente, respinta in primo grado, veniva accolta in appello.

Tra il primo ed il secondo pronunciamento cautelare la ricorrente aveva notificato un atto, denominato di *“motivi aggiunti”*, con il quale censurava l'esclusione anche per l'ipotesi che la misura dovesse intendersi basata sulla ritenuta carenza del requisito tecnico delineato dalle Norme di partecipazione all'art. 5 n. 2 lett. D), consistente nella dichiarazione di *“avere effettuato la gestione di un parcheggio pubblico a pagamento per un periodo non inferiore a cinque anni, indicando i contratti realizzati, con buon esito, per enti pubblici.”* E l'ordinanza cautelare di questa Sezione n. 4048/2010, di

accoglimento della domanda cautelare, riposava sulla notazione che la AMPERE aveva regolarmente reso quest'ultima dichiarazione.

All'esito del giudizio di primo grado il T.A.R. adito, con la sentenza n. 2675/2010 in epigrafe, disattese le eccezioni in rito opposte dalla difesa comunale, accoglieva il ricorso di AMPERE.

Il Giudice locale, partendo dal presupposto che la ricorrente fosse stata esclusa dalla gara per mancanza del requisito tecnico dell' *“aver effettuato la gestione di un parcheggio pubblico a pagamento per un periodo non inferiore a 5 anni indicando i contratti realizzati, con buon esito, per enti pubblici”*, riteneva che tale esclusione fosse erronea, in quanto la AMPERE, pur essendo in proprio carente del requisito tecnico in questione, aveva *“dichiarato di volersi avvalere, ai sensi dell'art. 49 del D. Lgs. 12/4/2006 n. 163, della capacità tecnica della “A. J. Mobilità s.r.l.” (di cui non è contestato il possesso del requisito), depositando, unitamente alla domanda, la documentazione richiesta dalla suddetta norma”*.

Avverso tale decisione l'aggiudicataria SYROMAR ed il Comune di Palau proponevano i rispettivi appelli in epigrafe.

Con tali gravami, di contenuto affine, le appellanti, oltre a riproporre le eccezioni di inammissibilità disattese dal primo Giudice, muovevano la critica di fondo per cui il Tribunale aveva travisato la ragione dell'impugnata esclusione, che non aveva riguardato, in realtà, l'assenza del requisito della capacità tecnica di cui all'art. 5 n. 2 lett. D) delle Norme di partecipazione, bensì quella del distinto requisito professionale richiesto dall'art. 5, n. 2, lett. A), punto 2 delle stesse Norme.

Le appellanti riprendevano le proprie argomentazioni con successivi scritti, aggiungendo, in particolare, che l'avversaria doveva intendersi decaduta dalla facoltà di riproporre in grado di appello i suoi motivi di primo grado rimasti assorbiti, ai sensi dell'art. 101 c. 2 CPA, per non essersi costituita entro il termine

perentorio all'uopo prescritto di trenta giorni, scaduti il 2 aprile 2011, ma solo il successivo giorno 27.

Resisteva agli appelli la AMPERE con più scritti difensivi, deducendo l'inammissibilità -di alcuni- dei mezzi avversari e la loro totale infondatezza nel merito.

All'udienza pubblica del 15 novembre 2011 gli appelli sono stati trattenuti in decisione.

1. Osserva in via preliminare la Sezione che occorre disporre la riunione degli appelli in esame, siccome proposti avverso la stessa sentenza, ai sensi dell'art. 96, comma 1, C.P.A..

Ciò premesso, gli appelli sono fondati.

2. Il problema centrale che la controversia pone in questa sede è quello di identificare la effettiva ragione posta a base dell'esclusione dalla gara che ha formato oggetto d'impugnativa in prime cure.

La sentenza in epigrafe ha annullato tale atto, come si è detto, sul presupposto che il suo fondamento dovesse rinvenirsi nella mancanza, in capo alla AMPERE, del requisito di capacità tecnica, previsto dall'art. 5 n. 2 lett. D) delle Norme di partecipazione, dell' *“aver effettuato la gestione di un parcheggio pubblico a pagamento per un periodo non inferiore a 5 anni indicando i contratti realizzati, con buon esito, per enti pubblici”*.

Le appellanti denunziano, tuttavia, che con questa lettura il TAR sarebbe incorso in un travisamento, giacché il reale motivo dell'esclusione avrebbe riguardato, in verità, il requisito di idoneità professionale richiesto dall'art. 5, n. 2, lett. A), punto 2 delle stesse Norme, consistente nella *“iscrizione alla Camera di Commercio ... per l'attività oggetto di questo appalto, cioè specificatamente per la gestione di parcheggi su area pubblica”*.

L'esame degli atti di causa dimostra la fondatezza del motivo di appello.

Il verbale della seduta della Commissione del 18/5/2010 è infatti sufficientemente chiaro, sul piano testuale, nel fondare l'esclusione sulla carenza del secondo di tali requisiti. La formulazione adoperata dalla Commissione presenta, invero, assai più punti di contatto con la definizione che la *lex specialis* dà di tale requisito, di quanti ne abbia con quella del requisito tecnico sul quale si basa, invece, la decisione del T.A.R. in scrutinio.

L'esclusione era stata del resto intesa proprio nel senso sostenuto dalle appellanti, inizialmente, anche dalla stessa ricorrente, che solo dopo l'affacciarsi della difforme interpretazione cautelare del T.A.R. ha fatto propria –e non senza riserve- la diversa lettura che qui difende, proponendo allora appositi motivi aggiunti.

D'altra parte, mentre del possesso del requisito su cui si è appuntato il rilievo della Commissione non sarebbe mancata ragione di dubitare, stante la mancanza di un pieno allineamento tra la dichiarazione resa dalla AMPERE sul punto ed il tenore del certificato della Camera di Commercio da essa allegato, viceversa il possesso del requisito tecnico, come si fa notare nell'appello di SYROMAR, è sempre stato pacifico ed incontestato, presso la Commissione di gara come pure secondo il Comune in sede contenziosa.

3. Quanto precede fa pertanto emergere la necessità di riformare la decisione in epigrafe, in quanto inficiata, a causa del travisamento denunciato da entrambe le appellanti, da un'errata individuazione della ragione dell'impugnata esclusione e, quindi, dello stesso *thema decidendum*.

Non pare dubbio, infatti, che la verifica giurisdizionale di merito da compiere nel caso concreto debba riguardare l'effettiva motivazione giustificativa del provvedimento di esclusione.

4. A questo ultimo riguardo, però, è agevole avvedersi che, mentre i motivi aggiunti articolati dalla ricorrente devono essere disattesi già per il semplice quanto assorbente fatto di essere affetti dallo stesso travisamento, il vaglio dei motivi da

essa dedotti con l'originario ricorso, e pur sorretti da una corretta interpretazione della ragione dell'esclusione, è invece precluso da una ragione decadenziale.

Viene difatti in rilievo il disposto, richiamato dagli appellanti, dell'art. 101, comma 2, CPA, che stabilisce che *“Si intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che non siano state espressamente riproposte nell'atto di appello o, per le parti diverse dall'appellante, con memoria depositata a pena di decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio.”*

Ora, quest'ultimo termine è fissato dall'art. 46 dello stesso Codice in sessanta giorni *“dal perfezionamento nei propri confronti della notificazione del ricorso”*, scadenza dimezzata per le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture dall'art. 119 comma 2.

Ne consegue che l'onere imposto dall'art. 101, comma 2, non è stato dall'appellato tempestivamente adempiuto, dal momento che i due appelli risultano ricevuti entrambi il 3 marzo del corrente anno, mentre la sua memoria di costituzione recante la riproposizione dei motivi a base dell'originario ricorso figura depositata solo il successivo giorno 27.

Né in un caso siffatto potrebbero essere ravvisati gli estremi per la concessione del beneficio dell'errore scusabile, non ponendo la norma difficoltà interpretative (cfr. in termini, in un caso del tutto simile, la decisione della Sezione 8 ottobre 2011 n. 5496).

5. In conclusione, gli appelli in epigrafe devono essere accolti, potendo rimanere assorbito ogni loro residuo mezzo, e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, il ricorso di primo grado di AMPERE va respinto.

Le spese del doppio grado di giudizio possono senz'altro essere equitativamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), riuniti gli appelli in epigrafe, li accoglie, e per l'effetto, in riforma dell'appellata sentenza, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese processuali del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 15 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Aldo Scola, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/12/2011

IL SEGRETARIO

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