

Pubblicato il 28/03/2019

N. 04152/2019 REG.PROV.COLL.
N. 02341/2019 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 il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 2341 del 2019, proposto da
Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l., in persona del legale rappresentante
pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Luca Griselli, Massimo
Rossi, Marco Salina, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia;

contro

Aeroporti di Roma S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avvocati Fabio Cintioli, Luca Leone, Paola Conio,
Giuseppe Lo Pinto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Lo Pinto in Roma, via
Vittoria Colonna 32;

nei confronti

La Gardenia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Ausiello, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del provvedimento in data 26 09 2018, mai comunicato all'esponente società ai sensi degli artt. 76, comma 5, lett. a), e 132, comma 1, D.lgs. 50/2016 (e di cui si è appresa l'esistenza soltanto in data 6.2.2019, in esito ad apposita istanza di accesso agli atti, presentata in pari data), con cui è stato aggiudicato alla società La Gardenia s.r.l. l'appalto relativo al Servizio biennale di raccolta rifiuti solidi urbani e assimilabili con modalità porta a porta (CIG 7285834C68);

- di ogni ulteriore atto ad esso presupposto e/o consequenziale e comunque connesso, ivi compresi il provvedimento di nomina della Commissione di gara giudicatrice in data 14.3.2018, i verbali di prequalifica (n. 1 del 19.2.2018, n. 2 del 2.3.2018, n. 3 del 8.3.2018, i verbali di gara (in data 17.7.2018 e in data 31.7.2018), il verbale di verifica di congruità – relazione finale in data 7.9.2018, nonché la lettera di invito e i relativi allegati;

e per la condanna

della Stazione appaltante convenuta, anche in esecuzione della sentenza del C. di Stato Sez. V 24.1.2019, n. 598, al risarcimento del danno in forma specifica;

nonché per la declaratoria

di inefficacia del contratto stipulato in data 27.11.2018 (di cui si è appresa l'esistenza unitamente alla conoscenza del provvedimento di aggiudicazione), per violazione dell'art. 121 c.p.a. c. 1, lettere c) e d) e, in subordine, ai sensi dell'art. 122 c.p.a.-;

e per la conseguente condanna

della Stazione appaltante a disporre il subentro nell'esecuzione del contratto medesimo in favore dell'odierna esponente, che sin d'ora si dichiara disponibile ai sensi dell'art. 124 CPA.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Aeroporti di Roma S.p.A. e della La Gardenia S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 marzo 2019 il dott. Vincenzo Blanda e uditi per la parte ricorrente l'Avv. L. Griselli, per La Gardenia S.r.l. l'Avv. A. Ausiello e per Aeroporti di Roma S.p.A. gli Avv.ti P. Conio, F. Cintioli e G. Lo Pinto.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con Bando pubblicato in data 6 dicembre 2017, la società Aeroporti di Roma S.p.a. (anche AdR, stazione appaltante) ha indetto una procedura ristretta per l'affidamento del “Servizio biennale di movimentazione e raccolta in modalità “porta a porta” dei rifiuti urbani o assimilabili (compresi gli imballaggi) prodotti nelle aerostazioni dell'aeroporto di Fiumicino”.

La Sangalli Giancarlo & C. S.r.l. ha chiesto di partecipare alla gara.

La Stazione appaltante, dopo aver esaminato l'Allegato B alla dichiarazione presentata dall'impresa Sangalli ai sensi dell'art. 80 del D.lgs. 50/2016 ha escluso l'impresa dalla gara con il provvedimento prot. U0004409 del 19.2.2018.

La Sangalli Giancarlo & C. S.r.l. ha impugnato tale provvedimento innanzi a questo Tribunale (RG n. 3021/2018).

L'impugnazione è stata definita con la sentenza n. TAR Lazio Roma, Sez. III, n. 7783/2018, del 12.7.2018, che ha confermato il provvedimento di esclusione.

L'Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l. ha impugnato la predetta decisione al Consiglio di Stato, che con sentenza della Sez. V, 24.1.2019, n. 598, in riforma della sentenza impugnata, ha accolto il ricorso di primo grado.

A seguito di istanza di accesso la Stazione appaltante ha informato la ricorrente che “la gara in questione è stata aggiudicata (alla società La Gardenia S.r.l.) con provvedimento del 26 settembre 2018, inviato alla GUEE n° 2018/S 242 – 553629 in data 12/12/2018, pubblicato sulla GURI n° 148 5° serie speciale del 19 Dicembre 2018 e sui seguenti quotidiani nazionali... Il

relativo contratto è stato sottoscritto in data 27 novembre 2018 ed è attualmente in corso di regolare svolgimento”.

Con ricorso notificato il 22 febbraio 2019, l'impresa Sangalli ha impugnato gli atti in epigrafe, chiedendo la declaratoria di inefficacia del contratto medio tempore stipulato, ai sensi dall'art. 121 c.p.a. e, in subordine, ai sensi dell'art. 122 c.p.a., al fine di ottenere la conseguente condanna della Stazione appaltante a disporre il subentro nell'esecuzione del contratto medesimo in favore della medesima ricorrente, ai sensi dell'art. 124 C.P.A. o, in subordine, a ripetere *ex novo* la gara.

In proposito ha dedotto i seguenti motivi:

- 1) Quanto al provvedimento di aggiudicazione: illegittimità derivata ex art. 120 c. 2 bis, c.p.a. dall'illegittimità del provvedimento di esclusione dell'esponente;
- 2) Violazione dell'art.97 Cost. – Violazione degli artt. 30, 95, 114 e 133 del d.lgs. 50/16 - violazione dell'art. 3 l. 241/1990 — Violazione dei principi di imparzialità, trasparenza buon andamento – Violazione delle Linee guida Anac n. 2 – Contraddittorietà intrinseca;
- 3) Violazione degli artt. 2, 2bis e 2quinqies della Direttiva 89/665/UE, come introdotti dalla Dir. 66/07/UE. Violazione degli artt. 2, 2bis, 2quater e 2quinqies della Direttiva 13/1992/UE e s.m.i.. Violazione degli artt. 32, commi 9 e 11, 76, comma 5, lett. a), 114 e 132 del D.lgs. 50/2016.

La società La Gardenia S.r.l. aggiudicataria dell'appalto e la società Aeroporti di Roma S.p.a. si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso, eccependo la inammissibilità della impugnazione e la sua infondatezza nel merito.

Alla camera di consiglio del 20 marzo 2019, dopo ampia discussione tra le parti, il ricorso è stato trattenuto in decisione, previo avviso alle parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.-.

1. In via preliminare occorre soffermarsi sulla eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata da ADR (cfr. pag. 12 della memoria di costituzione).

La tesi merita adesione.

Le censure della ricorrente, avendo ad oggetto gli effetti derivanti dalla sopra citata sentenza del Consiglio di Stato n. 598/2019 si rivela inammissibile, in quanto avrebbero dovuto essere articolate non già con l'impugnazione in esame, ma con diverso e apposito ricorso per ottemperanza, da svolgere ai sensi dell'art. 113 c.p.a. innanzi al competente giudice di appello.

Infatti non è possibile trattare in questa sede – di giudizio di cognizione – profili che attengono alla corretta esecuzione del giudicato del giudice di appello, che dovevano essere dedotti nel giudizio di ottemperanza.

In altri termini, il ricorso oggi in esame sostanzia un'impugnativa che, in quanto tale, resta sottratta alla cognizione di questo Tribunale perché devolvibile esclusivamente in sede di ottemperanza, atteso che l'unico effetto desumibile dalla decisione del giudice di appello Sez. V, 24.1.2019, n. 598 è quello della illegittimità della esclusione dell'Impresa Sangalli Giancarlo & C. dalla gara in oggetto, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera C del d.lgs. n. 50/2016, per cui a quel giudice deve essere sottoposta ogni valutazione in ordine agli effetti conseguenti alla mancata partecipazione alla gara della istante.

Tutto ciò non senza considerare, che nel caso di specie il dispositivo del giudice di appello è diverso da quello del giudice di primo grado e che in situazioni del genere - come affermato dal Consiglio di Stato - ove il dispositivo in appello contenga statuizioni che evidenzino uno scollamento dal percorso motivazionale e, conseguentemente, dal dispositivo della decisione di primo grado gravata, la competenza per il giudizio di ottemperanza si radica presso il Consiglio di Stato (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 24.11.2017, n. 5489).

2. Deve, altresì, essere condivisa l'ulteriore eccezione di tardività del ricorso sollevata dalla controinteressata.

L'impugnazione, infatti, è stata notificata il 22 febbraio 2019 a cinque mesi dall'aggiudicazione definitiva intervenuta il 26 settembre 2018, in violazione del termine di trenta giorni di cui all'art. 120 c.p.a.-.

In senso contrario non vale la deduzione di parte ricorrente che, evidenziando la mancata comunicazione dell'aggiudicazione definitiva nella memoria di replica, pretende di far decorrere il termine dell'impugnazione dalla istanza di accesso agli atti formalizzata in data 6.2.2019, posto che, secondo il prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa, l'accesso ai documenti per avere piena conoscenza della motivazione del provvedimento e degli atti endo-procedimentali che l'hanno preceduto non comporta il differimento del termine ordinario di impugnazione (cfr. C.d.S., Sez. V, 31 ottobre 2018, n. 6187).

In altri termini la mancata comunicazione dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 76, comma 5, lettera a) del D.lgs. 50/2016, richiamato dall'art.132, comma 1, del d.lgs. 50/2016 non esonerava nel caso di specie la ricorrente dall'assumere ogni iniziativa utile (tra cui per l'appunto una tempestiva richiesta per ottenere l'accesso agli atti di gara) e, conseguentemente, impugnare nei termini l'ammissione della controinteressata.

3. Alle predette considerazioni va aggiunto che alla gara hanno partecipato altri otto concorrenti (oltre La Gardenia S.r.l.) e che la ricorrente non ha impugnato l'ammissione alla gara dei predetti operatori economici, né ha offerto alcun principio di prova atto a dimostrare che la partecipazione a tale procedura di evidenza pubblica, le avrebbe consentito di conseguire il bene della vita, collocandosi, in posizione utile ai fini della aggiudicazione.

Non senza considerare a tale riguardo che l'Impresa Sangalli, pur non avendo partecipato alla gara e senza aver censurato le offerte degli altri concorrenti ammessi, reclama la condanna della Stazione appaltante a disporre il subentro nell'esecuzione del contratto medesimo in favore della medesima ricorrente ai sensi dell'art. 124 c.p.a.-.

4. In conclusione il ricorso deve essere dichiarato in parte inammissibile e in parte irricevibile.

Le spese del giudizio seguono la regola della soccombenza nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio, che liquida complessivamente nella misura di € 2000,00 (duemila/00), di cui € 1.000,00 (mille/00) in favore della Aeroporti di Roma S.p.a. ed € 1.000,00 (mille/00) in favore della La Gardenia S.r.l., oltre IVA, CPA e oneri dovuti per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Gabriella De Michele, Presidente

Vincenzo Blanda, Consigliere, Estensore

Claudio Vallorani, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Vincenzo Blanda

IL PRESIDENTE
Gabriella De Michele

IL SEGRETARIO