



## Verbale di Seggio di gara n. 1 del 17/07/2017

**AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI CARATTERIZZAZIONE RADIOLOGICA INERENTE IL BACINO FOSFOGESSI DELL'AREA EX LIQUICHIMICA DI TITO SCALO (PZ) - CUP: G22D12000590001- CIG: 7078142B8C**

L'anno duemila diciassette, il giorno diciassette del mese di luglio, alle ore 10:20, presso la SUA-RB, sita in Via Vincenzo Verrastro n. 4 a Potenza, si è riunito, in seduta pubblica, il Seggio di gara nominato dal Dirigente dell'Ufficio Appalti di Servizi e Forniture con nota n. 116803/20AC di protocollo del 17.07.2017, così costituito:

- Geom. Giorgio Anselmo D'Ambrogio, Responsabile del Procedimento – Presidente;
- Geom. Nicola Locaspi – Componente;
- Geom. Giovanni Petraglia – Componente, con funzioni anche di segretario verbalizzante;

Sono presenti, in rappresentanza degli operatori economici partecipanti:

<i>Rappresentante</i>	<i>Operatore economico</i>
Dino ERDFELD	EVAGRIN Snc
Giuseppe MUSCARNIERA	EVAGRIN Snc

Premesso che:

- Con determinazione del Dirigente dell'Ufficio "Appalti di Servizi e Forniture" n. 20AC.2016/D.00075 del 28/10/2016 è stata indetta una gara d'appalto per procedura aperta con il criterio del minor prezzo, ai sensi degli artt. 60 e 95 del D.Lgs. N. 50/2016, per l'affidamento del servizio di "Caratterizzazione radiologica inerente il bacino fosfogessi dell'area ex Liquichimica di Tito Scalo (PZ)";
- Con la sopra citata determinazione dirigenziale n. 20AC.2016/D.00075, il Geom. Giorgio Anselmo D'AMBROGIO, ai sensi dell'art. 31, comma 14, del D.Lgs. n. 50/2016, è stato nominato Responsabile del Procedimento;
- Il bando di gara è stato pubblicato sulla GUEE 2017/S 095-186889 del 18.05.2017, sulla G.U.R.I. n. 57 del 19/05/2017, su n. 2 quotidiani a diffusione nazionale e n. 2 quotidiani locali e che la documentazione di gara è stata, altresì, pubblicata e resa liberamente accessibile e disponibile in download sul profilo della SUA-RB <http://siab.regione.basilicata.it/PortaleAppalti>;
- Il termine ultimo per proporre quesiti e/o richiedere informazioni sul contenuto della documentazione di gara, di cui al punto 1 dell'art. 8 "Richiesta di chiarimenti e comunicazioni" del Disciplinare di gara, è stato fissato a tutto il 14 giugno 2017;
- Il Responsabile del Procedimento, relativamente ai quesiti pervenuti, ha pubblicato sul sito <http://siab.regione.basilicata.it/PortaleAppalti>, il chiarimento n. 1 del 19/06/2017;
- Il termine di scadenza previsto dall'art. 20 punto 1 del Disciplinare di gara per la presentazione delle offerte è stato fissato alle ore 12:00 del 26/06/2017;
- Entro il suddetto termine è pervenuta n. 1 offerta che si indica nel seguente prospetto:

N	ELENCO O.E. CHE HANNO PRESENTATO OFFERTA	Prot. n.	del
1	PROTEX SpA	104904/20AC	23/06/2017

Tutto ciò premesso, il Seggio di gara da atto che è presente un ulteriore plico trasmesso dalla costituenda Associazione Temporanea di Scopo tra ENEA, Agenzia Nazionale per le Nuove Tecnologie, l'Energia e lo Sviluppo Economico Sostenibile – Capogruppo Mandataria – e EVAGRIN Snc – Mandante -, pervenuto alla SUA-RB alle ore 12:25 del 26 giugno 2017 ed acquisito, in pari data al n. 105551 di protocollo.

Il Seggio di Gara precisa, informando i presenti, che il suddetto plico, pervenuto oltre il limite temporale fissato all'Art. 20, co.1 del Disciplinare di gara è da ritenersi inammissibile, ai sensi dell'art. 59, co. 4, lett.a) del Codice e, pertanto, non si procederà alla sua apertura.

I Rappresentanti della Associazione Temporanea, cui è riferibile il plico in questione, depositano missiva di "Poste Italiane" del 30 giugno 2017 Pratica n. 8000630729 e documentazione inerente la Sentenza del TAR Sicilia, Sez. 1, 6 marzo 2015, n. 626.

Il Seggio di Gara acquisisce tale documentazione per allegarla al presente verbale distintamente: All.1 – missiva Poste Italiane, All.2 - Sentenza del TAR Sicilia, Sez. 1, 6 marzo 2015, n. 626.

Successivamente, il Seggio di Gara da corso alle operazioni previste dal Disciplinare di gara inerenti il plico della ditta "Protex Italia Srl" e, quindi, previa verifica e constatazione dell'integrità nonché della data di arrivo, procede all'apertura dello stesso provvedendo all'accantonamento della busta B "offerta economica".

Il Seggio di gara procede all'apertura della busta A "documentazione amministrativa" ed alla disamina della documentazione ivi contenuta, da cui risulta:

#### PLICO N.1 – Protex Italia srl

L' Operatore Economico partecipa alla gara in costituendo Raggruppamento Temporaneo, di tipo verticale, composto da:

- PROTEX ITALIA Srl – Capogruppo Mandataria – 73,392% quota di partecipazione
- S.G.M. Srl – Mandante – 23,115% quota di partecipazione
- APOGEO Srl – Mandante – 3,492% quota di partecipazione.

La ditta Mandataria – Protex Srl – intende avvalersi della Società EUROLAB srl per il solo requisito di partecipazione inerente il possesso della certificazione: UNI CEI EN ISO/IEC 17025 e per l'esecuzione delle sole analisi radiometriche dei radionuclidi Uranio (U) e Torio (Th).

La ditta ausiliaria – Eurolab srl – oltre alla suddetta certificazione, mette a disposizione della ditta ausilianda anche le attrezzature descritte nel contratto di avvalimento allegato alla documentazione amministrativa.

Il Seggio di Gara accoglie l'avvalimento e precisa che tale soluzione è permessa, ai sensi dell'art. 12 (Condizioni di partecipazione), co.1, lett. D (Requisiti di capacità tecnico-professionale ex art. 83, comma 1, lett. c) del Codice), punto v.

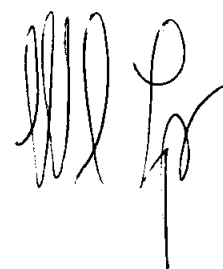
Tuttavia, il Seggio osserva, altresì, che il contratto di avvalimento non contiene tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerati, consentono di acquisire la certificazione di qualità messa a disposizione dall'ausiliaria, come precisato dal Consiglio di Stato con le recenti sentenze n. 852 del 23 febbraio 2017 – Sez. V – e n. 2225 del 12 maggio 2017 – Sez. V -.

La ditta Mandataria – Protex Srl – intende subappaltare alla medesima Società EUROLAB srl le prestazioni relative alle analisi radiometriche su radionuclidi Radio e Torio.

Il Seggio di Gara precisa che l'indicazione di subappalto non può essere accolta in quanto non è stata indicata la terna dei subappaltatori come obbligatoriamente stabilito al co. 6 dell'art. 105 del Codice e richiesto dall'art. 15, co. 1, lett. b) del Disciplinare di Gara.

Dalla disamina della documentazione, il Seggio di gara osserva che il PASSOE non riporta i dati della ditta ausiliaria, richiesto invece ai sensi e per gli effetti dell'Art. 16, co. 5 del Disciplinare di Gara.

Pertanto, il Seggio di gara stabilisce di attivare soccorso istruttorio, ai sensi dell'art. 27 punto 4 del disciplinare di gara (senza applicazione di sanzione), richiedendo:



- Nuovo PASSOE per la partecipazione alla procedura di cui in oggetto con indicazione, oltre che dell'Operatore Economico concorrente nella modalità rappresentata, anche della ditta ausiliaria;
- Contratto di avvalimento opportunamente completato delle carenze e delle irregolarità rilevate, tali da soddisfare il contenuto delle sentenze n. 852 del 23 febbraio 2017 – Sez. V – e n. 2225 del 12 maggio 2017 – Sez. V – del Consiglio di Stato.

La restante documentazione risulta conforme a quanto richiesto dall'art.21 del Disciplinare di gara.

Il Seggio di Gara informa i presenti che, in seduta riservata e previa acquisizione della documentazione inerente al soccorso istruttorio, sarà effettuata la verifica della documentazione presentata.

Successivamente, la busta "B", contenente l'offerta economica viene riposta in busta a sacco bianca intestata alla Regione Basilicata e sulla quale viene apposta l'indicazione del contenuto.

La medesima busta, opportunamente sigillata con nastro adesivo, viene controfirmata sui lembi di chiusura dal Seggio di gara e dai rappresentanti degli Operatori Economici concorrenti presenti.

Tutta la documentazione amministrativa, come sopra collazionata, unitamente al plico pervenuto in ritardo rispetto al limite temporale fissato, viene consegnata al segretario per la custodia in luogo sicuro all'interno della SUA-RB.

Il Seggio di gara, esaurite le operazioni odierne alle ore 11:30, per il tramite del Presidente, dichiara conclusa la seduta pubblica.

Del che si è redatto il presente verbale che letto e confermato, viene sottoscritto come segue.

Potenza, il 17/07/2017

Geom. Giorgio Anselmo D'Ambrogio \_\_\_\_\_

Geom. Nicola Locaspi \_\_\_\_\_

Geom. Giovanni Petraglia \_\_\_\_\_

**Posteitaliane**

Mercato Privati - Servizi al Cliente

Assistenza Servizi Logistici e Altri Prodotti Clientela Privati

ALL. 1  
VERBALE N. 1 DEL 17/07/2017

Roma, 30/06/2017  
Pratica n. 8000630729

SPETTABILE  
EVAGRIN SNC  
VIA ALBERTO FAVARA, 166  
91018 SALEMI TP

**Oggetto: Reclamo del 28/06/2017**

Gentile Cliente,  
con riferimento al Suo reclamo del 28/06/2017, relativo al prodotto Pacco Celere 1  
XA724602101IT, desideriamo fornirLe gli opportuni chiarimenti.

A seguito delle nostre verifiche, Le comunichiamo che la spedizione è stata recapitata in ritardo a causa di una gestione operativa non conforme.

La spedizione inoltrata in data 21/06/2017 doveva essere recapitata al destinatario entro il 23/06/2017 ma risulta consegnata solo in data 26/06/2017.

Nel porgerLe le nostre scuse per l'accaduto Le rendiamo noto che potrà presentare reclamo per ritardo di consegna a seguito del quale Le verrà riconosciuto l'indennizzo nella misura prevista dalle Carte dei Servizi (integralmente consultabili sul sito [www.poste.it](http://www.poste.it) e presso tutti gli Uffici Postali)

Nella speranza di aver risposto in maniera esauriente alla Sua richiesta, La invitiamo per qualsiasi informazione e/o comunicazione a contattare il nostro Servizio Clienti al numero verde 803.160 (gratuito da rete fissa) oppure ad utilizzare il sito [www.poste.it](http://www.poste.it) attraverso la sezione "Assistenza".

Cordiali saluti

**Servizi al Cliente**

*Le ricordiamo che, nel caso in cui non sia soddisfatto dalla nostra risposta, potrà accedere alla Procedura di Conciliazione, nei casi e nei limiti riportati nel relativo Regolamento pubblicato su [www.poste.it](http://www.poste.it) nella sezione "Assistenza". Qualora la procedura di Conciliazione non andasse a buon fine, potrà inoltre rivolgersi all'Autorità Garante delle Comunicazioni, secondo le modalità indicate nel medesimo sito web.*

**Poste Italiane SpA**

Sede Legale Viale Europa, 190 - 00144 Roma Capitale Sociale 1.306.110.000 Euro i.v.

Codice Fiscale e Registro Imprese Roma n. 97103880585 N.Iscrizione al REA 842633 Partita IVA 01114601006

Presidente Monteleone; Estensore Lamberti

*Il carattere perentorio che, nella procedura ad evidenza pubblica, connota il termine ultimo di presentazione delle offerte non è un valore in sé ma è, al contrario, funzionale e strumentale alla tutela da un lato delle esigenze di trasparenza, efficacia, economicità e speditezza dell'azione amministrativa, dall'altro del primario criterio della par condicio tra i concorrenti.*

*Deve essere ammessa l'offerta che, pur essendo stata tempestivamente spedita alcuni giorni prima del termine di scadenza con modalità astrattamente idonee alla consegna nei termini, è stata consegnata dopo la scadenza del termine ma comunque in un momento anteriore al primo adempimento previsto, quando la ritardata consegna è ascrivibile ad un evento (sciopero del personale addetto allo smistamento, alla movimentazione ed alla consegna della posta) esterno ed estraneo al partecipante, ad esso soggettivamente non imputabile e dallo stesso oggettivamente non prevedibile né concretamente prevenibile.*

*La strutturale inidoneità del provvedimento di ammissione a colpire in concreto i valori alla cui tutela è funzionale la natura perentoria del termine di ricezione delle domande di ammissione alla gara, dunque, ne legittima il superamento, anche alla luce del principio ermeneutico di derivazione comunitaria dell'effetto utile, che prescrive che le disposizioni normative di gemmazione comunitaria siano interpretate ed applicate non meccanicisticamente bensì con modulazioni esegetiche che consentano, appunto in concreto, l'effettivo perseguimento dello scopo che, con esse, il legislatore si è prefisso.*

*Va concesso il beneficio della rimessione in termini ex art. 37 c.p.a. nel caso di integrazione del contraddittorio con notifica tramite p.e.c. senza previa autorizzazione, data l'oggettiva complessità della questione (a causa di una normativa assai ellittica e contorta) e la presenza, in giurisprudenza, di pronunce di segno contrario.*

#### **BREVI ANNOTAZIONI**

#### **OGGETTO DELLA PRONUNCIA**

Con la pronuncia in esame, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia torna ad occuparsi del tema della mancata presentazione dell'offerta entro i termini previsti dal bando di gara, dando una lettura sostanzialistica della normativa vigente in materia.

Infatti, il Collegio, appurata la sussistenza nel caso di specie di una causa di forza maggiore non prevedibile né prevenibile dal concorrente e rilevata, contestualmente, l'inidoneità dell'ammissione in gara a violare la *par condicio* tra i concorrenti, ha ritenuto prevalente la necessità di garantire l'altrettanto fondamentale principio del *favor participationis*.

## PERCORSO ARGOMENTATIVO

Nella fattispecie in esame, il Tar per la Regione Sicilia ha ritenuto fondato il ricorso presentato dalla società ricorrente avverso il provvedimento di esclusione dalla gara indetta dal Centro per la Giustizia Minorile per la Sicilia per l'affidamento del servizio di ristorazione, sopravvitto e lavanderia, motivato dal mancato rispetto del termine ultimo di presentazione dell'offerta previsto dalla *lex specialis*.

Per i Giudici, il caso di specie presenta delle circostanze di fatto talmente peculiari da comportare l'illegittimità del provvedimento di esclusione e la necessità di tollerare la tardiva consegna dell'offerta dovuta ad un evento esterno ed estraneo alla ricorrente, ad essa non imputabile e da essa in alcun modo prevedibile e/o prevenibile.

Le peculiarità fattuali della situazione oggetto della pronuncia derivano dal fatto che il bando di gara prevedeva, quale unica alternativa alla consegna a mani del plico – la quale *ex art. 77*, comma 4, D.Lgs. 163/2006 non può mai essere l'unica modalità di presentazione dell'offerta – la spedizione a mezzo di raccomandata del servizio postale.

Il termine ultimo per la presentazione delle offerte era stato fissato al 20 ottobre 2014.

Dunque, la società ricorrente diligentemente provvedeva a spedire il plico contenente la propria offerta nella giornata di giovedì 16 ottobre 2014 a mezzo del servizio di Poste Italiane S.p.a. denominato "Paccocelere 1 Plus" (che garantisce la consegna entro 24 ore in tutta Italia), tuttavia, a causa di uno sciopero imprevisto del personale del gruppo societario facente capo a Poste Italiane S.p.a., l'offerta perveniva alla stazione appaltante in un momento (le ore 13.41 di martedì 21 ottobre 2014) successivo al termine ultimo fissato nel disciplinare (le ore 13.30 di lunedì 20 ottobre 2014).

Il Collegio, pertanto, valutata l'astratta idoneità del comportamento della società a rispettare il termine di scadenza previsto dal bando, nonché l'imprevedibilità dell'evento che ha causato il ritardo, ha accolto la tesi di parte ricorrente secondo cui l'onere di diligenza richiesto dall'ordinamento al mittente non può estendersi sino alla preventiva consultazione dei siti web da cui si poteva avere notizia dello sciopero, soprattutto se il vettore nulla aveva segnalato al momento della conclusione del contratto di spedizione.

Dirimente, nel caso in esame, è stata certamente anche la valutazione del fatto che il plico era giunto alla stazione appaltante in un momento comunque antecedente al primo adempimento procedurale della gara e, pertanto, l'ammissione della ricorrente non avrebbe inficiato la tempistica procedurale cui la stazione appaltante si era auto-vincolata.

In conclusione, il TAR per la Sicilia sottolinea come l'inidoneità dell'ammissione del concorrente ad intaccare le esigenze correlate alla natura perentoria del termine ultimo di presentazione delle offerte – ovvero, da un lato, la trasparenza, efficacia, economicità e speditezza dell'azione amministrativa e, dall'altro, la *par condicio* fra i concorrenti – comporta la necessità di interpretare le norme afferenti le

procedure ad evidenza pubblica in modo da consentire l'effettivo perseguimento dello scopo che il legislatore si è prefisso, anche in applicazione del principio ermeneutico dell'effetto utile.

Pertanto, l'esclusione disposta dalla stazione appaltante deve ritenersi illegittima, nel caso di specie, in quanto viola in maniera irragionevole e sproporzionata il principio del *favor participationis*, volto alla massimizzazione della concorrenza a tutela tanto del singolo operatore, quanto e soprattutto dell'interesse pubblico economico, sia comunitario che nazionale.

Infine, nella pronuncia *de qua*, il Collegio si trova anche ad analizzare il contestato tema procedurale inerente l'ammissibilità per le parti di effettuare l'integrazione del contraddittorio tramite notifica a mezzo p.e.c., in assenza di apposita autorizzazione.

La ricorrente, infatti, inizialmente non aveva notificato il ricorso introduttivo ai soggetti definitivamente ammessi alla procedura di gara, i quali, anche a detta del Collegio, non rivestono di per sé la posizione di controinteressati quando l'impugnazione è volta solo all'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara.

Gli stessi, tuttavia, hanno assunto una posizione qualificata nel momento in cui sono state aperte le buste contenenti le offerte economiche e, pertanto, il Collegio ha disposto *ex officio* l'integrazione del contraddittorio in ossequio al principio di doveroso rispetto dei diritti di difesa dei soggetti già entrati nel vivo della procedura di gara.

Ebbene, di fronte all'eccezione di una delle società controinteressate di irrivalenza della notificazione a mezzo p.e.c. dell'atto di integrazione del contraddittorio, i Giudici siciliani, dopo aver dichiarato la mancanza di legittimazione a sollevare una tale questione, hanno ancora una volta tenuto un atteggiamento possibilistico sottolineando che *"l'oggettiva complessità della questione (a causa di una normativa assai ellittica e contorta) e la presenza, in giurisprudenza, di pronunce di segno contrario (per l'inammissibilità T.A.R. Lazio – Roma, III ter, 13 gennaio 2015 n. 396, T.A.R. Abruzzo – Pescara, 12 febbraio 2015 n. 78, T.A.R. Puglia – Bari, II, 19 febbraio 2015 nn. 299, 300, 301, 302, 317; per l'ammissibilità T.A.R. Campania – Napoli, VII, 6 febbraio 2015 n. 923; interlocutoria T.A.R. Piemonte, I, 9 gennaio 2015 n. 33) rendono quanto meno non "liquida" l'eccezione de qua e avrebbero verosimilmente fatto stimare opportuna la concessione alla ricorrente del beneficio della rimessione in termini ex art. 37 c.p.a., ove l'eccezione fosse stata spesa da soggetto legittimato"*. Sul punto, in sostanza, il Tar sembrerebbe aver preso una decisione di opportunità determinata dall'"oggettiva complessità della questione" piuttosto che una

## CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Tale pronuncia offre un chiaro esempio dell'allontanamento della giurisprudenza dalla lettura meccanicistica e formale della normativa in materia di appalti e della prioritaria necessità di interpretazioni sostanziali che risolvano i casi concreti senza, tuttavia, frustrare i valori fondamentali che sorreggono tale settore.

Ne discende, nel caso di specie, la possibilità di superamento dell'indubbia rilevanza del termine di presentazione delle offerte nelle gare pubbliche quando il ritardo nella consegna del plico è dovuto a fattori talmente eccezionali da non poter essere in alcun modo attribuibili ad una negligenza del concorrente, il

quale, invero, ha posto in essere un'attività astrattamente idonea a rispettare i vincoli auto-imposti dalla stazione appaltante.

Il principio di fondo resta, a ben vedere, lo stesso espresso più volte dalla giurisprudenza (da ultimo, TAR per la Campania, Sez. V, sentenza 2 dicembre 2014, n. 6296) secondo cui la mancata presentazione dell'offerta nei termini previsti dalla *lex specialis* può essere giustificata solo in presenza di una causa di forza maggiore oggettiva e generalizzata.

L'applicazione di tale assunto porta stavolta i Giudici siciliani a considerare effettivamente sussistente una *vis cui resisti non potest* e a concedere la riammissione in gara del concorrente illegittimamente escluso.

Tale decisione è stata dettata, da un lato, dalla natura imprevedibile dello sciopero indetto da Poste Italiane s.p.a. dandone notizia solo il giorno stesso e solo attraverso il sito web di un soggetto terzo rispetto al vettore (non potendo in tal senso pretendere un eccesso di zelo da parte del concorrente) e, dall'altro, dall'oggettivo riscontro del mancato impatto di una eventuale ammissione dell'offerta tardiva nella gara *de qua*, in quanto le operazioni di scrutinio delle offerte non erano ancora iniziate e la stazione appaltante avrebbe dovuto dar prevalenza al principio del *favor participationis*.

Tale atteggiamento della giurisprudenza, certamente positivo in termini di rispetto del principio della concorrenza e di tutela dei partecipanti dagli eventi eccezionali a loro non imputabili, rischia tuttavia di creare incertezza e di lasciare ampio margine alle stazioni appaltanti nel valutare cosa possa essere o meno considerato "*causa di forza maggiore, oggettiva e generalizzata*".

## PERCORSO BIBLIOGRAFICO

F. CARINGELLA - M. GIUSTINIANI, *Codice dei contratti pubblici*, 2014

A. CARULLO - G. IUDICE, *Commentario breve alla legislazione degli appalti pubblici e privati*, 2012.



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3460 del 2014, proposto da Sodexo Italia S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Boifava, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Lucia Di Salvo in Palermo, via Notarbartolo n. 5;

**contro**

Ministero della Giustizia – Dipartimento della Giustizia Minorile – Centro per la Giustizia Minorile per la Sicilia-Palermo, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura dello Stato, presso i cui uffici distrettuali in Palermo, via A. De Gasperi n. 81, sono ope legis domiciliati;

**nei confronti di**

Le Palme Ristorazione & Servizi S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Pietro Bisconti, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo in Palermo, via Sammartino n. 45; C.N.S. – Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop;

**per l'annullamento,**

**previa sospensione dell'efficacia**

- del processo verbale n. 1 del 22/10/2014, pervenuto il successivo 6/11/2014, nella parte in cui la commissione di gara dispone l'esclusione della ditta ricorrente dalla procedura "...per l'affidamento del servizio di ristorazione e sopravvitto presso i servizi penali minorili della Sicilia, del servizio di lavanderia presso i servizi minorili di Palermo per l'anno 2015 – CIG 5899761CC8" (esclusione anticipata con la comunicazione prot. n.15984 del 27/10/2014 a firma del R.U.P.);

- della determinazione del R.U.P. prot. n.16592 del 6/11/2014 di reiezione dell'istanza di precontenzioso inviata via pec alla stazione appaltante il data 28/10/2014;

- di tutti i successivi verbali di gara, ivi compresi i provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e o definitiva;

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia – Dipartimento della Giustizia Minorile – Centro per la Giustizia Minorile per la Sicilia-Palermo e di Le Palme Ristorazione & Servizi S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 febbraio 2015 il dott. Luca Lamberti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

## **FATTO**

La società ricorrente impugna l'esclusione dalla procedura aperta indetta dal Centro per la Giustizia Minorile per la Sicilia per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di ristorazione e di sopravvitto presso i Servizi penali minorili della Sicilia e del servizio di lavanderia presso i Servizi minorili di Palermo.

Precisa che la propria domanda di partecipazione, pur tempestivamente spedita nella giornata di giovedì 16 ottobre 2014 a mezzo del servizio di Poste Italiane S.p.a. denominato "Paccocelere 1 Plus" (che garantisce la consegna entro 24 ore in tutta Italia), è pervenuta alla stazione appaltante in un momento (le ore 13.41 di martedì 21 ottobre 2014) successivo al termine ultimo fissato nel disciplinare (le ore 13.30 di lunedì 20 ottobre 2014) a causa di uno sciopero imprevisto (così, del resto, lo ha qualificato lo stesso Ufficio reclami del vettore) del personale del gruppo societario facente capo a Poste Italiane S.p.a..

L'Amministrazione resistente si è costituita con atto di mera forma.

Con ordinanza n. 929 in data 5 dicembre 2014 il Collegio ha accolto l'istanza cautelare avanzata dalla ricorrente, ha disposto l'integrazione del contraddittorio nei confronti delle altre due società frattanto ammesse alla procedura ed ha fissato l'udienza per il merito.

Gli atti di integrazione del contraddittorio (entrambi effettuati a mezzo posta elettronica certificata) sono stati notificati e depositati nei termini prescritti.

Con memoria in vista dell'udienza di discussione la difesa erariale, stigmatizzata preliminarmente l'assunta inammissibilità del ricorso perché, all'epoca di presentazione dello stesso, erano in tesi già individuabili i contro-interessati, osserva che la consegna a mezzo posta non era l'unica modalità ammessa dal disciplinare di gara, ben potendo i partecipanti consegnare a mano il plico contenente la domanda. Oltretutto, si conclude, il disciplinare di gara precisava chiaramente che "il recapito tempestivo dei plichi rimane ad esclusivo rischio dei mittenti".

Delle due società contro-interessate si è costituita solo Le Palme Ristorazione & Servizi S.r.l., che, oltre a spiegare le argomentazioni già spese dall'Amministrazione, aggiunge: che per la Sicilia Poste Italiane S.p.a. garantisce la consegna entro non uno, ma due giorni lavorativi; che dello sciopero si dava notizia già nella stessa giornata del 16 ottobre sul sito internet di SDA, "la società di Poste Italiane che gestisce il servizio di consegna Postacelere e Paccocelere"; che l'impossibilità, comunque, non era assoluta ma (meramente) relativa, potendo la ricorrente spedire prima l'offerta ovvero consegnarla a mani, inviando un proprio esponente a Palermo.

La ricorrente, con memoria di replica, ribatte anzitutto che il ricorso non sarebbe inammissibile perché, all'esito della seduta del 22 ottobre 2014 (nel corso della quale venne esclusa), nessuna decisione definitiva in punto di ammissione alla gara fu assunta, posto che fu semplicemente stabilito che "in successiva seduta pubblica si procederà all'ammissione dei concorrenti dopo la positiva verifica attraverso il sistema AVCPASS"; aggiunge, inoltre, che a stretto rigore sarebbe superflua pure l'integrazione del contraddittorio in seguito disposta dal Collegio, atteso che i partecipanti non sarebbero lesi dalla (ri)ammissione in gara di altro concorrente.

Nel merito, rileva la ricorrente: che il servizio "Paccocelere 1 Plus" garantisce la consegna in 24 ore in tutta Italia; che "la diligenza del contraente non può spingersi sino all'estremo, ovvero alla disamina di tutti i siti internet, soprattutto se la controparte negoziale – Poste Italiane – alcunché segnala all'atto della conclusione del contratto di spedizione", tanto più che l'annuncio circa lo sciopero "risulta pubblicato" sul sito internet di SDA "in die, cioè il 16/10, in difetto del benché minimo preavviso"; che il bando prevedeva, oltre alla consegna a mani (che non può mai essere l'unica modalità, a tenore dell'art. 77, comma IV, D. Lgs. 163/2006), solo la spedizione a mezzo (proprio) di raccomandata del servizio postale.

Il ricorso è stato trattato alla pubblica udienza del 19 febbraio 2015, nel corso della quale il difensore di Le Palme Ristorazione & Servizi S.r.l. ha, altresì, eccepito l'assunta irritalità della notifica tramite posta elettronica certificata dell'atto di integrazione del contraddittorio rivolto nei confronti dell'altro contro-interessato non costituito in giudizio, con conseguente asserita improcedibilità del ricorso.

Esaurita la discussione, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Il ricorso è fondato.

Il Collegio evidenzia che il caso di specie presenta significative peculiarità fattuali, la cui unitaria e contestuale considerazione sorregge l'esposta decisione di accoglimento.

Premette il Collegio che il carattere perentorio che, nelle procedure selettive rette da criteri di evidenza pubblica, connota il termine ultimo di presentazione delle offerte non è un valore in sé ma è, al contrario, funzionale e strumentale alla tutela da un lato delle esigenze di trasparenza, efficacia, economicità e speditezza dell'azione amministrativa, dall'altro del primario criterio della par condicio fra i concorrenti.

Nel caso di specie, tuttavia, ritiene il Collegio che tali fondamentali valori non sarebbero stati lesi dall'ammissione alla gara della ricorrente.

Rileva, anzitutto, il Collegio che esulano, nella vicenda, profili di imputabilità (tanto oggettiva quanto soggettiva) del ritardo in capo alla ricorrente.

Si osserva, in proposito: che le prescrizioni del bando imponevano, come unica alternativa alla consegna a mani (che mai può essere l'esclusiva modalità di presentazione delle offerte, a tenore dell'art. 77, comma IV, D. Lgs. 163/2006), solo la spedizione a mezzo (proprio) di "raccomandata del servizio postale"; che la ricorrente ha prescelto, nella panopia delle varie proposte commerciali delineate dalla società gerente il servizio postale, la formula "Paccocelere 1 Plus", che, come documentato in atti, all'epoca garantiva la consegna "entro un giorno lavorativo oltre quello di spedizione in tutta Italia, dal lunedì al venerdì"; che il plico risulta presentato per la spedizione alle ore 12.55 di giovedì 16 ottobre 2014, dunque in un momento (astrattamente) utile per assicurarsi la tempestiva consegna (il termine ultimo era fissato alle 13.30 del successivo lunedì 20 ottobre 2014); che la ritardata consegna è ascrivibile ad un evento (sciopero del personale addetto allo smistamento, alla movimentazione ed alla consegna della posta) esterno ed estraneo alla ricorrente, ad essa soggettivamente non imputabile e dalla stessa oggettivamente non prevedibile né concretamente prevenibile, poiché la relativa notizia, a quanto consta, è apparsa solo nel corso della stessa giornata del 16 ottobre, oltretutto sul sito internet non del vettore, ma di diversa società; che l'onere di diligenza richiesto dall'ordinamento al mittente non può estendersi sino alla preventiva consultazione del sito web di un soggetto terzo rispetto al vettore, cui questo affida (in subappalto od in virtù di altre pattuizioni interne) il servizio di consegna; che, appresa la notizia dello sciopero, la ricorrente ha debitamente informato del disguido la stazione appaltante con comunicazione elettronica delle ore 13.22 del 20 ottobre; che non può, in merito, fondatamente predicarsi l'onere di provvedere ad una alternativa consegna a mani, attesa la palese difficoltà di collezionare, ex novo e ad horas, tutto il materiale necessario alla valida presentazione dell'offerta.

Il plico, peraltro, è giunto presso la stazione appaltante alle ore 13.41 del martedì 21 ottobre, ossia in un momento anteriore al primo adempimento procedurale della gara de qua, fissato per il successivo giorno 22 alle ore 10.30: non solo, dunque, la committenza pubblica era già stata avvisata per iscritto della problematica, ma, comunque, la tardiva ricezione del plico non ha vulnerato le successive cadenze procedurali ex ante fissate dall'Amministrazione.

Altrimenti detto, la tempistica al cui rispetto la stazione appaltante si era auto-vincolata con l'emanazione del bando, nel doveroso rispetto dei valori (pubblicistici) di trasparenza, efficacia, economicità e speditezza dell'azione amministrativa, non sarebbe stata intaccata dall'eventuale ammissione della ricorrente.

Una tale scelta, oltretutto, non avrebbe leso neppure gli altri concorrenti, non investiti, in una fase ancora iniziale e per così dire primitiva della procedura di gara, di alcuna posizione giuridica di spessore tale da fondarne la legittimazione a censurare (anche solo in ambito procedimentale) l'ammissione alla gara di altro operatore economico.

Rileva, dunque, il Collegio che l'anelata ammissione non avrebbe né vulnerato le esigenze pubblicistiche di ordinato, regolato e celere svolgimento della gara, né alterato, in considerazione dello stato ancora acerbo in cui allora si trovava la procedura, il crisma (di interesse privatistico e valenza pubblicistica) di parità concorrenziale fra i partecipanti.

La strutturale inidoneità di un simile provvedimento a colpire in concreto, nel peculiare caso di specie, i valori alla cui tutela è funzionale la natura perentoria del termine di ricezione delle domande di ammissione alla gara, dunque, ne legittima il superamento (rectius, non determina l'illegittimità del provvedimento che non ne stigmatizzi il relativo – ed incolpevole – superamento), anche alla luce del principio ermeneutico di derivazione comunitaria dell'effetto utile, che, come noto, prescrive che le disposizioni normative di gemmazione comunitaria (quali quelle afferenti alle procedure di affidamento di appalti pubblici) siano interpretate (dal Giudice) ed applicate (dalla Pubblica Amministrazione) non meccanicisticamente bensì con

modulazioni esegetiche che consentano, appunto in concreto, l'effettivo perseguimento dello scopo che, con esse, il legislatore si è prefisso.

Oltretutto, aggiunge il Collegio, mentre l'ammissione della ricorrente non avrebbe mutilato principi di rango primario, viceversa la disposta esclusione frustra, irragionevolmente ed in maniera non proporzionata, l'altrettanto fondamentale principio del favor participationis, funzionale alla più ampia apertura del settore degli appalti pubblici ed alla massimizzazione della concorrenza, truardata non solo quale tutela del singolo operatore imprenditoriale ma pure quale interesse dello stesso sistema economico, recte quale pilastro fondante dell'attuale assetto dell'ordine pubblico economico, tanto comunitario quanto nazionale.

Né il ricorso si prospetta inammissibile per mancata evocazione in giudizio dei (supposti) contro-interessati, allora non conosciuti né concretamente conoscibili dalla ricorrente.

Sul punto, il Collegio osserva che la commissione di gara, all'esito della seduta del 22 ottobre, non ammise tout court le altre due società offerenti ma, di contro, si limitò a stabilire "che in una successiva seduta pubblica si procederà all'ammissione dei concorrenti dopo la positiva verifica attraverso il sistema AVCPASS": la data di tale ulteriore seduta non fu in tale sede resa nota né fu, in seguito, comunicata alla ricorrente, del resto oramai definitivamente esclusa.

In considerazione, inoltre, dei tempi particolarmente ristretti previsti dalla legge per la notificazione dei ricorsi in materia di appalti pubblici, non può ragionevolmente sostenersi che la ricorrente avrebbe preliminarmente dovuto svolgere istanza di accesso al fine di appurare se le altre due società concorrenti fossero state, frattanto, definitivamente ammesse e, dunque, avessero acquisito la qualità di contro-interessate: argomentare in tal modo, infatti, significa mortificare de facto il diritto di difesa della ricorrente, che, con ogni evidenza, avrebbe visto decorrere invano il termine per l'impugnazione se avesse dovuto previamente fare istanza di accesso.

Peraltro, rileva incidentalmente il Collegio, è quanto meno dubbio che, a fronte dell'impugnazione di un provvedimento di esclusione di un concorrente da una gara, i soggetti definitivamente ammessi alla stessa rivestano la qualità di contro-interessati (ossia di titolari di un interesse qualificato alla conservazione dell'atto): tale provvedimento, infatti, limita i propri effetti al rapporto per così dire interno tra stazione appaltante e singolo concorrente escluso e non ridonda giuridicamente a favore (o a danno) di terzi (ex multis C.d.S., V, 18 febbraio 2011 n. 1055; C.d.S., VI, 1 febbraio 2013, n. 639).

Gli altri partecipanti ritraggono sì, da tale decisione amministrativa, un'utilità (la riduzione del numero dei concorrenti), ma siffatto vantaggio riveste un carattere indiretto e, comunque, meramente fattuale.

Osserva incidentalmente il Collegio che l'integrazione del contraddittorio è stata, in seguito, disposta ex officio perché, al 5 dicembre 2014, non solo le altre due società erano state, nelle more, ammesse in via definitiva alla procedura, ma le buste contenenti le rispettive offerte economiche erano state già aperte. L'estensione del contraddittorio, dunque, è stata prescritta in ossequio ad un principio di doveroso rispetto dei diritti di difesa di soggetti già entrati nel vivo della procedura selettiva, la cui partecipazione al giudizio è stata stimata se non altro opportuna ai sensi degli articoli 28, comma III, e 51 c.p.a..

Si rileva, infine, che la società Le Palme Ristorazione & Servizi S.r.l. non ha alcun interesse sostanziale e, prima ancora, alcuna legittimazione processuale a lamentare la (asserita) irritalità della notificazione a mezzo p.e.c. dell'atto di integrazione del contraddittorio nei confronti dell'altro partecipante alla procedura (il C.N.S. – Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop).

Peraltro, osserva il Collegio, l'oggettiva complessità della questione (a causa di una normativa assai ellittica e contorta) e la presenza, in giurisprudenza, di pronunce di segno contrario (per l'inammissibilità T.A.R. Lazio – Roma, III ter, 13 gennaio 2015 n. 396, T.A.R. Abruzzo – Pescara, 12 febbraio 2015 n. 78, T.A.R. Puglia – Bari, II, 19 febbraio 2015 nn. 299, 300, 301, 302, 317; per l'ammissibilità T.A.R. Campania – Napoli, VII, 6 febbraio 2015 n. 923; interlocutoria T.A.R. Piemonte, I, 9 gennaio 2015 n. 33) rendono quanto meno non "liquida" l'eccezione de qua e avrebbero verosimilmente fatto stimare opportuna la concessione alla ricorrente del beneficio della rimessione in termini ex art. 37 c.p.a., ove l'eccezione fosse stata spesa da soggetto legittimato.

L'accoglimento del ricorso determina, dunque, l'annullamento ex tunc degli atti impugnati e, conseguentemente, il reingresso, ora per allora, della ricorrente nella procedura di gara de qua: l'Amministrazione, pertanto, dovrà anzitutto provvedere a riscontrare la completezza della domanda di partecipazione presentata da Sodexo Italia S.p.a. ed a verificare il possesso, in capo a questa, di tutti i necessari requisiti, generali e speciali, di partecipazione; in caso positivo, quindi, dovrà sottoporre a scrutinio comparativo anche la complessiva offerta dalla stessa presentata, previa apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica e quella economica.

La complessità e la peculiarità della vicenda suggeriscono l'integrale compensazione delle spese di lite tra tutte le parti.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 19 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Nicolo' Monteleone, Presidente

Caterina Criscenti, Consigliere

Luca Lamberti, Referendario, Estensore

 PATENTE DI GUIDA  
1. ERDFELD  
2. DINO  
3. 03/04/73 UDINE  
4a. 22/11/2001  
4b. 22/11/2011  
5. AG50733078  
6. S. MARGHERITA DI BELICE (AG)  
NUOVO C.TRO C.16 L.42  
7.   
8.   
9. A B  
REPUBBLICA ITALIANA  
(UD)  
4c. MCTC-AG  
5. AG50733078  
6. S. MARGHERITA DI BELICE (AG)  
NUOVO C.TRO C.16 L.42  
7.   
8.   
9. A B

LEGALE RAPPRESENTANTE  
EVA GRIN



**PATENTE DI GUIDA REPUBBLICA ITALIANA**



1. MUSCARNERA
2. GIUSEPPE
3. 10/07/77 SCIACCA (AG)
- 4a. **13/10/2015** 4c. MIT-UCO
- 4b. **10/07/2026**
5. U1M2399268
7. \_\_\_\_\_

MIT-UCO

9. B