



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 396 del 2018, proposto da Cooperativa Antevorta a r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Luca Tozzi, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo, n. 323 e con domicilio digitale presso la p.e.c. dell'avvocato: studiotozzi@cnfpec.it;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, presso la cui sede sono legalmente domiciliati, in Napoli, via Diaz, 11 e con domicilio digitale presso la p.e.c. dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato: ads_na@mailcert.avvocaturastato.it;
Comune di Marcianise - non costituito in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

“a) del provvedimento della SUA di Caserta di esclusione della odierna ricorrente dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio di refezione sul territorio di Marcianise; b) della nota della SUA di Caserta prot. n. 1728 del 19.1.2018 di comunicazione del provvedimento di esclusione dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio di refezione sul territorio di Marcianise; c) dell'avviso ex art. 29 D.lgs. 50/2016 della SUA di Caserta prot. n. 37199 del 22.12.2017; d) dell'avviso ex art. 29 d.lgs. 50/2016 della SUA di Caserta prot. n. 1636 del 19.1.2018; e) ove e per quanto lesiva, della nota prot. n. 248 del 5.1.2018 laddove ha illegittimamente richiesto documentazione non dovuta ed in particolare laddove ha indicato un termine perentorio illegittimo; f) ove e per quanto lesivi, dei verbali di gara tutti; g) ove e per quanto lesivi, del Bando di gara, del disciplinare di gara e del Capitolato speciale di appalto laddove interpretati ovvero interpretabili così come fatto dalla Stazione appaltante; h) ove e per quanto lesivo, del silenzio inadempimento ovvero silenzio rifiuto rispetto alla istanza in autotutela prot. n. 74/is del 23.1.2018; i) ove e per quanto lesivi, di tutti gli atti presupposti consequenziali e connessi, anche non conosciuti, con riserva espressa di formulare motivi aggiunti.”

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e del Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 aprile 2018 la dott.ssa Rosalba Giansante e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

In via preliminare, va rammentato che, in tema di contenzioso relativo alle procedure di affidamento di pubblici servizi, la sentenza è redatta «in forma semplificata», potendo, quindi, consistere «in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo» (artt. 120, comma 6, e 74 c.p.a.).

In punto di fatto la Cooperativa Antevorta a r.l. espone di aver partecipato alla procedura di gara aperta per l'affidamento del servizio di refezione scolastica nel Comune di Marcianise per gli anni scolastici 2017/2018 e 2018/2019, indetta dal Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata, Ente delegato dal Comune di Marcianise, per un prezzo a base di asta di € 852.000,00.

Riferisce che, a valle della prima seduta di gara, la stazione appaltante, con nota del 5 gennaio 2018, ha ammesso essa cooperativa ricorrente al beneficio del soccorso istruttorio, all'uopo concedendo il termine di 5 giorni. In particolare, la SUA aveva ritenuto che occorresse regolarizzare: la erronea predisposizione del PASSOE da parte della ditta ausiliaria, la mancata produzione di una copia conforme della certificazione ISO 9001 e la mancata specificazione dello stato del giudizio con il quale la Antevorta aveva impugnato un precedente provvedimento di risoluzione contrattuale adottato dal Comune di Caiazzo.

La cooperativa ricorrente espone, infine, di aver ottemperato a quanto richiesto dalla S.U.A. di Caserta in data 12 gennaio 2018. Tuttavia la S.U.A., ritenendo tardiva la produzione dei documenti richiesti con il procedimento di soccorso istruttorio, l'ha esclusa dalla procedura di gara con provvedimento del 19 gennaio 2018.

La Cooperativa Antevorta a r.l. ha, quindi, proposto il presente ricorso, ritualmente notificato in data 30 gennaio 2018 e depositato in pari data, con il quale ha chiesto l'annullamento del suddetto provvedimento del 19 gennaio 2018, della nota della S.U.A. di Caserta prot. n. 1728 del 19 gennaio 2018 (di comunicazione del predetto provvedimento di esclusione), degli avvisi ex art. 29 del D.lgs. 50/2016 della S.U.A. di Caserta prot. n. 37199 del 22 dicembre 2017 e prot. n. 1636 del 19 gennaio 2018; ha chiesto altresì l'annullamento, ove e per quanto lesivi, della nota prot. n. 248 del 5 gennaio 2018 (con la quale è stata richiesta la documentazione ritenuta non dovuta ed in particolare laddove è stato indicato un termine perentorio ritenuto illegittimo), di tutti i verbali di gara, del Bando di gara, del disciplinare di gare e del Capitolato speciale di appalto (laddove interpretati ovvero interpretabili così come fatto dalla Stazione appaltante) nonché del silenzio inadempimento ovvero silenzio-rifiuto rispetto alla istanza in autotutela prot. n. 74/is del 23 gennaio 2018.

A sostegno del gravame sono state dedotte le seguenti censure:

1. Violazione e falsa applicazione di legge (art. 83, comma 9, del D.lgs. 50/2016, art. 2963 c.c., art. 97 Cost.), illogicità ovvero irragionevolezza manifesta, difetto ovvero carenza di istruttoria, difetto di motivazione.

Parte ricorrente sostiene che il provvedimento di esclusione sarebbe illegittimo in quanto essa cooperativa avrebbe ottemperato, in data 12 gennaio 2018, all'ordine di integrazione documentale del precedente 5 gennaio entro i cinque giorni liberi disposti, ovvero comunque entro i dieci giorni di legge.

Ad avviso di parte ricorrente, premesso che i principi di cui agli artt. 155 comma 4 c.p.c. e 2963 c.c. si applicano anche al procedimento amministrativo, sostiene che la proroga al primo giorno non festivo, espressamente prevista per il *dies ad quem*, si applicherebbe anche per il *dies a quo*, non potendosi immaginare che il termine

cominci a decorrere durante un giorno festivo, allorché sono chiusi e non operanti uffici pubblici e privati.

Nella specie il termine iniziale veniva in scadenza in un giorno festivo (sabato 6 Gennaio, Epifania) e dunque la SUA avrebbe dovuto iniziare a computare i 5 giorni solo a far data da lunedì 8 gennaio 2018. Altrimenti dovrebbe ritenersi che le sarebbero stati attribuiti, ai fini della produzione della documentazione richiesta, soli 3 giorni con conseguente violazione dei canoni di ragionevolezza e buona fede. Peraltro, considerato che la nota di soccorso istruttorio non ha specificato se il termine di decorrenza dei 5 gg fosse libero o iniziasse (contra legem) il 6 gennaio 2018, la stessa deve essere interpretata, in virtù del principio di *favor participationis*, nella maniera più favorevole per il concorrente e dunque nel senso che il detto termine di cinque giorni iniziasse a decorrere solamente in data 8 gennaio 2018.

2. Violazione e falsa applicazione di legge (art. 83, commi 8 e 9, del D.lgs. 50/2016, art. 97 Cost.), illogicità ovvero irragionevolezza manifesta, difetto ovvero carenza di istruttoria, difetto di motivazione.

Parte ricorrente rappresenta che il disciplinare di gara, sul punto, a pag. 9, indica semplicemente che, in caso di carenze e/o irregolarità formali della documentazione della busta A, si sarebbe provveduto al soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, del D.lgs. n. 50/2016, mentre non fa riferimento alcuno ad una riduzione dei giorni concessi all'operatore economico per sanare le eventuali irregolarità rispetto ai canonici dieci giorni stabili dalla legge.

Se è facoltà della Stazione appaltante ridurre il termine entro il quale devono essere prodotti i documenti oggetto di soccorso istruttorio, tale facoltà, in ottemperanza ai principi di trasparenza, *par condicio e favor participationis*, dovrebbe essere esercitata in sede di *lex specialis* così cristallizzando per tutti i concorrenti il termine *de quo* (ed evitando possibili arbitri a seconda del concorrente nei cui confronti si esercita il potere di soccorso istruttorio).

Inoltre la riduzione del termine da dieci a cinque giorni sarebbe ancor più illegittima se si considera che la stessa sarebbe stata effettuata in maniera totalmente arbitraria, illogica ed irragionevole visto che la stessa non sarebbe stata subordinata ad alcuna reale e concreta motivazione.

3. Violazione e falsa applicazione di legge (art. 83, comma 9, del D.lgs. n. 50/2016, art. 97 Cost.), illogicità ovvero irragionevolezza manifesta, difetto di motivazione, carenza dei presupposti.

Parte ricorrente ha preliminarmente rappresentato che, nella specie, la SUA aveva rilevato che:

- Il PASSOE dell'ausiliaria non era stato prodotto ovvero unificato al PASSOE della concorrente;
- Non era stata prodotta copia della attestazione ISO 14001:2004;
- Era necessario acquisire "per maggiore completezza di informazione" dei documenti relativi alla risoluzione disposta in danno di Antevorta dal Comune di Caiazzo e prontamente contestata in giudizio.

Al riguardo, ad avviso di parte ricorrente, nessuno dei suddetti tre profili integrerebbe una carenza della domanda tale da rendere necessario il ricorso al procedimento di soccorso istruttorio.

Si sono costituiti a resistere in giudizio il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e il Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata, a mezzo dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato, deducendo l'infondatezza del ricorso e chiedendone, pertanto, il rigetto.

Con ordinanza n. 253 del 15 febbraio 2018 questa Sezione ha accolto la domanda di sospensione cautelare *"CONSIDERATO che, ad un primo esame sommario proprio della fase cautelare, emergono profili che inducono a ritenere fondato il ricorso, tenuto conto in particolare che:*

- *il disciplinare di gara, a fine pag. 9, prevede: “Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui all’art. 83, comma 9, del D.lgs. 50/2016”;*

- *il termine di cinque giorni concesso alla parte ricorrente “ai sensi di quanto disposto dall’art. 83, comma 9, del D.lgs. 50/2016” al fine di produrre la documentazione integrativa richiesta con la nota del 5 gennaio 2018, inferiore a quello massimo di dieci giorni previsto dalla suddetta disposizione normativa e non previsto dal sopra richiamato disciplinare di gara, né motivato dalla stazione appaltante, deve ritenersi irragionevole alla luce della integrazione richiesta e tenuto conto altresì che il dies quo e quello successivo erano giorni festivi (rispettivamente il 6 gennaio giorno dell’Epifania, ai sensi dell’art. 2 della legge n. 260 del 1949 - Disposizioni in materia di ricorrenze festive - e domenica 7 gennaio 2018);”.*

Ha, quindi, ritenuto che al pregiudizio lamentato da parte ricorrente potesse ovviarsi, così come richiesto *“ammettendo “con riserva” la ricorrente all’ulteriore fase della procedura di gara e ordinando alla Commissione di gara di esaminare la documentazione integrativa prodotta da parte ricorrente, nel termine di 10 giorni dalla comunicazione in via amministrativa della presente ordinanza o dalla notificazione, ove antecedente, nonché di assumere le conseguenti determinazioni;”.*

Con la medesima ordinanza è stata fissata l’udienza pubblica dell’11 aprile 2018 per la discussione del ricorso nel merito.

Parte ricorrente ha prodotto una memoria per l’udienza di discussione.

All’udienza pubblica dell’11 aprile 2018 la causa è stata chiamata e assunta in decisione.

Occorre, preliminarmente, rilevare che non si ha un riscontro documentale dell’esito della misura cautelare a suo tempo concessa dalla Sezione (ammissione “con riserva” della Cooperativa Antevorta a r.l. all’ulteriore fase della procedura di gara e necessario vaglio, ad opera della Commissione di gara, della documentazione integrativa prodotta dalla ditta in vista dell’adozione delle

conseguenti determinazioni). Pertanto, se ne deve desumere – così come addotto da parte ricorrente – la persistenza dell'interesse alla decisione sulle questioni sollevate.

Con il primo motivo di ricorso parte ricorrente ha dedotto le seguenti censure: violazione e falsa applicazione di legge (art. 83, comma 9, del D.lgs. n. 50/2016, art. 2963 c.c., art. 97 Cost.), illogicità ovvero irragionevolezza manifesta, difetto ovvero carenza di istruttoria, difetto di motivazione.

La Cooperativa Antevorta a r.l. sostiene, in sintesi, di aver ottemperato, in data 12 gennaio 2018, all'ordine di integrazione documentale del precedente 5 gennaio entro i cinque giorni liberi disposti, ovvero comunque entro i dieci giorni di legge.

Parte ricorrente, premesso che i principi di cui agli artt. 155, comma 4, c.p.c. e art. 2963 c.c. si applicano anche al procedimento amministrativo, sostiene che la proroga al primo giorno non festivo espressamente prevista per il *dies ad quem* si applicherebbe anche per il *dies a quo*, non potendosi immaginare che il termine cominci a decorrere durante un giorno festivo, allorché sono chiusi e non operanti uffici pubblici e privati.

Il motivo è infondato in quanto, contrariamente a quanto sostenuto da parte ricorrente, la proroga al primo giorno non festivo espressamente prevista per il *dies ad quem* non può ritenersi applicabile anche per il *dies a quo*.

Ed invero, considerato che in entrambe le suddette disposizioni normative, disciplinanti il computo dei termini, il legislatore ha previsto che “*Se il termine scade in giorno festivo, è prorogato di diritto al giorno seguente non festivo.*” (così l'art. 2963 c.c. e negli stessi termini l'art. 155, comma 4, c.p.c.), deve concludersi che *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* e pertanto, che non si possa procedere a interpretazioni estensive delle medesime disposizioni normative.

Il ricorso, comunque, è fondato e, in quanto tale, va accolto.

Coglie, infatti, nel segno il secondo motivo di doglianza, con il quale la cooperativa ricorrente ha dedotto le seguenti censure: violazione e falsa applicazione di legge (art. 83, commi 8 e 9, del D.lgs. n. 50/2016, art. 97 Cost.), illogicità ovvero irragionevolezza manifesta, difetto ovvero carenza di istruttoria, difetto di motivazione. Parte ricorrente lamenta, in sintesi, l'illogicità ed irragionevolezza della riduzione del termine previsto dalla sopra richiamata normativa, da dieci a cinque giorni, tenuto conto della mancata previsione in tal senso del disciplinare di gara, in violazione dei principi di trasparenza, *par condicio* e *favor participationis*, nonché della circostanza che la stessa non sarebbe stata subordinata ad alcuna reale e concreta motivazione.

Il Collegio, confermando quanto già sostenuto da questa Sezione con l'ordinanza n. 253 del 15 febbraio 2018 (recante l'accoglimento della domanda cautelare), deve innanzitutto rilevare che, come prospettato da parte ricorrente, il disciplinare di gara, a fine pag. 9, si limita a prevedere: *“Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del D.lgs. 50/2016”*.

Ed invero se, come sostenuto da parte ricorrente, è facoltà della Stazione appaltante ridurre il termine entro il quale devono essere prodotti i documenti oggetto di soccorso istruttorio, tale facoltà, in ossequio al principio del *favor participationis*, deve essere esercitata in modo ragionevole e congruo, ovvero senza ingiustificatamente aggravare gli adempimenti del concorrente.

Al riguardo la condivisibile giurisprudenza ha ritenuto, proprio alla luce del disposto dell'art. 83 d.lgs. n. 50 del 2016, applicato dalla stazione appaltante nel caso di specie, che nel rapporto sempre esistente in materia di contratti pubblici fra principio di massima partecipazione e *par condicio* è ormai il primo a essere considerato prevalente (T.A.R. Roma, (Lazio), sez. III, 6 novembre 2017, n. 11031). Occorre infatti ricordare che, nell'espletamento delle procedure di gara, la

stazione appaltante deve sempre ispirarsi al criterio della massima partecipazione, evitando interpretazioni eccessivamente restrittive e formalistiche, quindi ostative alla partecipazione ed in contrasto con la regola legislativa della tassatività delle cause di esclusione (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 23 dicembre 2017, n. 2476).

Rilevato quanto sopra, deve ritenersi che il termine di cinque giorni, concesso alla parte ricorrente “*ai sensi di quanto disposto dall’art. 83, comma 9, del D.lgs. 50/2016*” al fine di consentire la produzione della documentazione integrativa richiesta con la nota del 5 gennaio 2018, inferiore a quello massimo di dieci giorni stabilito dalla suddetta disposizione normativa e non previsto dal disciplinare di gara, né giustificato da particolari emergenze, sia illegittimo per violazione del principio di massima partecipazione e per manifesta irragionevolezza, alla luce della integrazione richiesta, e tenuto conto altresì che *il dies quo* e quello successivo erano giorni festivi, sì da ridursi in modo significativo e gravoso lo spazio di tempo concesso alla ditta per completare le formalità richieste.

Conclusivamente, il Collegio ritiene che i su illustrati profili di illegittimità abbiano una indubbia valenza assorbente rispetto agli altri motivi di gravame, sicché la fondatezza delle dedotte censure comporta l’accoglimento del ricorso introduttivo, con l’assorbimento degli ulteriori motivi d’impugnazione e con il conseguente annullamento del provvedimento di estromissione del 19 gennaio 2018.

L’accoglimento del ricorso non comporta l’obbligo dell’amministrazione di ammettere alla gara per cui è causa la Cooperativa Antevorta a r.l. ma, quale effetto conformativo della presente decisione, la stazione appaltante, ove non lo avesse già fatto, dovrà esaminare la documentazione integrativa prodotta dalla ricorrente in data 12 gennaio 2018 e assumere le conseguenti determinazioni.

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta al Collegio, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell’art. 112 c.p.c., in aderenza al

principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Le spese, secondo la regola della soccombenza, vanno poste a carico del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, nell'importo liquidato in dispositivo, da distrarsi in favore del difensore di parte ricorrente, dichiaratosi antistatario.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla il provvedimento del 19 gennaio 2018, con il quale la S.U.A. di Caserta ha disposto l'esclusione della Cooperativa Antevorta a r.l. dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio di refezione scolastica nel Comune di Marcianise per gli anni scolastici 2017/2018 e 2018/2019.

Condanna il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti al pagamento di complessivi € 2.500,00 (euro duemilacinquecento/00) in favore di parte ricorrente, da distrarsi in favore dell'avv. Luca Tozzi, dichiaratosi antistatario, a titolo di spese, diritti e onorari di causa, oltre accessori di legge e rifusione del contributo unificato, qualora dovuto e versato.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 11 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Sergio Zeuli, Consigliere

Rosalba Giansante, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Rosalba Giansante

IL PRESIDENTE
Italo Caso

IL SEGRETARIO