

Pubblicato il 22/12/2020

N. 02015/2020 REG.PROV.COLL.
N. 01416/2020 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 della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1416 del 2020, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Migliarotti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Salerno, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Alessandra Barone, Aniello Di Mauro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-non costituito in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione:

a) del provvedimento privo di data, ma comunicato il -OMISSIS-, con il quale la commissione ha escluso dalla gara la ricorrente per il mancato rispetto del termine concesso con il soccorso istruttorio; b) della nota del -OMISSIS- con la quale è stata rigettata l'istanza di riammissione della ricorrente alla gara; c)

dell'art.2.3 – “Comunicazioni” della lettera di invito nella parte in cui prevede che l'invio di comunicazioni possa avvenire attraverso l'area comunicazioni della piattaforma MePA; d) dell'art.10 della Lettera di Invito “Garanzia provvisoria” determinazione n. -OMISSIS-; e) del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara in favore della soc. -OMISSIS-; f) di ogni altro atto presupposto e/o connesso ancorché non conosciuto; g) nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove nelle more stipulato, e per il subentro nella sua esecuzione da parte della ricorrente che dichiara la sua disponibilità al predetto subentro;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Salerno;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2020 il dott. Fabio Di Lorenzo e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 25, comma 2, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137;

Letto l'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Parte ricorrente lamenta che è illegittima la propria esclusione dalla gara di appalto sotto soglia per cui è causa, motivata dalla presentazione della cauzione in misura inferiore a quanto richiesto dalla stazione appaltante e dalla mancata tempestiva risposta alla richiesta di chiarimenti all'esito di soccorso istruttorio.

Con il primo motivo, parte ricorrente ha sostenuto che in base alla nuova disciplina introdotta dal d.l. 70/2016, convertito nella L. n. 120 dell'11.9.2020, per concorrere in gare per appalti sotto soglia non è più richiesta la cauzione, a meno che essa non venga motivatamente ed espressamente richiesta nella lettera di invito, la quale però, nel caso in esame, non conterrebbe tale previsione. Con il secondo motivo, che può essere esaminato congiuntamente

al primo, parte ricorrente ha affermato che in base alla citata norma prevista dal d.l. 76/2020 la cauzione, ove motivatamente richiesta nella lettera di invito, deve essere ridotta del 50%, quindi avrebbe potuto essere richiesta in misura non superiore all'importo che era stato effettivamente e tempestivamente versato dalla ricorrente (l'importo della cauzione provvisoria prodotta dal concorrente è pari al 0,5% dell'importo a base d'asta e non del 1%).

I primi due motivi sono tuttavia infondati, in quanto la norma richiamata da parte ricorrente non è *ratione temporis* applicabile nel caso in esame. Infatti, l'art. 1 c. 4 del d.l. 76/2020, quale risultante dalla conversione con legge n. 120 dell'11.9.2020, così dispone: *«Per le modalità di affidamento di cui al presente articolo la stazione appaltante non richiede le garanzie provvisorie di cui all'articolo 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016, salvo che, in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura, ricorrano particolari esigenze che ne giustifichino la richiesta, che la stazione appaltante indica nell'avviso di indizione della gara o in altro atto equivalente. Nel caso in cui sia richiesta la garanzia provvisoria, il relativo ammontare è dimezzato rispetto a quello previsto dal medesimo articolo 93»*. La norma, entrata in vigore il 17.7.2020, non è temporalmente applicabile alla fattispecie in esame, in cui la determina a contrarre è stata emessa nel gennaio 2020; peraltro, l'applicabilità di tale disciplina era stata espressamente esclusa dalla stazione appaltante con una comunicazione sul portale Me.Pa., a seguito della richiesta di chiarimenti di uno dei concorrenti. Ne consegue che nel caso in esame la cauzione è dovuta nell'integrale importo.

2. Con il terzo motivo, parte ricorrente lamenta che in modo illegittimo la stazione appaltante ha considerato tardiva la risposta alla comunicazione del soccorso istruttorio. In particolare, parte ricorrente lamenta che l'avviso del soccorso istruttorio è stato trasmesso tramite il sistema Me.Pa., con una comunicazione pervenuta con mail ordinaria, e non lo strumento più sicuro e certo della PEC; peraltro la mail ordinaria non sarebbe stata tempestivamente letta in quanto finita nella cartella della posta indesiderata.

Anche il terzo motivo di ricorso è infondato. In primo luogo non può essere condiviso l'argomento secondo cui la comunicazione del soccorso istruttorio avrebbe dovuto essere effettuata tramite PEC. Infatti l'art. 76 c. 5 e 6 D.Lgs. 50/2016, alla cui disciplina la lettera di invito si è uniformata, prevede il necessario impiego dello strumento della PEC solo per le comunicazioni più importanti, quali l'esclusione dalla gara o l'aggiudicazione. Né la norma in esame, né la lettera di invito, impongono l'utilizzo della PEC per la comunicazione del soccorso istruttorio; infatti la lettera di invito così prevede: *“2.3 Comunicazioni. Ai sensi dell'art. 76. c. 6 del Codice, i concorrenti sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, l'indirizzo P.E.C. o, solo per i concorrenti aventi sede in altri Stati membri, l'indirizzo di posta elettronica, da utilizzare ai fini delle comunicazioni di cui all'art. 76, c. 5, del Codice. La stazione appaltante, ove non diversamente richiesto dal codice, utilizzerà per l'invio delle comunicazioni la piattaforma MePA.”*. Non è secondario rilevare che parte ricorrente, aderendo alla lettera di invito, ha accettato tutte le sue previsioni. Quindi l'avviso del soccorso istruttorio è stato correttamente trasmesso a mezzo mail ordinaria generata dal portale Me.Pa. Peraltro, non è provata la circostanza allegata dalla parte ricorrente, secondo cui la mail ordinaria sarebbe finita nella cartella di posta indesiderata, e comunque, anche se provata, tale circostanza non escluderebbe la colpa del concorrente.

3. Il ricorso è pertanto respinto.

4. Le spese di lite seguono la soccombenza, e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge, e condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore dell'amministrazione resistente, liquidate in euro 1.000,00 (mille/00), oltre spese generali nella misura del 15%, oltre Iva e Cpa come per legge.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare enti e persone.

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2020 con l'intervento dei magistrati (collegati da remoto tramite “*Microsoft Teams*”):

Leonardo Pasanisi, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Referendario

Fabio Di Lorenzo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Fabio Di Lorenzo

IL PRESIDENTE
Leonardo Pasanisi

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.