

N. 00093/2009 REG.SEN.

N. 00967/2008 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 21 e 26 della legge 1034/71 e successive modifiche e integrazioni,

Sul ricorso numero di registro generale 967 del 2008, proposto da:

T.E.R.G.A. Service Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Alberto Costantini e Raffaella Di Mauro, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Ludovico Gamberini in Bologna, via Indipendenza n..66;

integrato da motivi aggiunti proposti da:

Le Macchine Celibi Soc. Coop. a r.l., rappresentata e difesa dagli avv. ti Andrea Fornasari e Cristina Rimondi, ed elettivamente domiciliato presso il loro studio in Bologna, viale Aldini n.88

contro

Comune di Forlì, rappresentato e difeso dagli avv.ti Mario Gabriele Di Giovanni e Paolo Donati, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Paolo Donati in Bologna, via Caprarie 7;

nei confronti di

Le Macchine Celibi Soc. Coop. a r.l., rappresentata e difesa dagli avv. ti Andrea Fornasari e Cristina Rimondi, ed elettivamente domiciliato presso il loro studio in Bologna, viale Aldini n.88;

per l'annullamento

*previa sospensione dell'efficacia,*

- della nota del Dirigente Area Servizi al Cittadino del Comune di Forlì del 26 giugno 2008, con la quale è stata comunicata la non ammissione della Società T.E.R.G.A. al confronto concorrenziale per l'affidamento in economia dei servizi ausiliari per il Complesso Museale San Domenico per "non avere una sede operativa nel territorio comunale di Forlì";

- del verbale di seduta di gara in data 25 giugno 2008, nella parte in cui la Commissione di gara ha stabilito la non ammissione al confronto concorrenziale della società ricorrente e contestualmente ha provveduto all'aggiudicazione provvisoria in favore de "Le Macchine Celibi soc. Coop", con sede in Bologna, Via F. Malaguti n.1/6;
- della determinazione 10 luglio 2008 n. 1729, assunta dal Dirigente Area Servizi al Cittadino servizio Pinacoteca e Musei del Comune di Forlì, con la quale è stata confermata la non ammissione della società ricorrente al confronto concorrenziale per l'affidamento in economia dei servizi ausiliari per il Complesso Museale San Domenico e contestualmente aggiudicato definitivamente il servizio di cui trattasi a "Le Macchine Celibi soc. Coop";
- dell'avviso pubblico relativo all'affidamento in economia dei servizi ausiliari per il Complesso Museale San Domenico, sede della Pinacoteca e dei musei civici di Forlì del 27 maggio 2008, nella parte in cui fa riferimento a tutti i requisiti di cui all'articolo 15 del disciplinare e quindi alla sede operativa nel Comune di Forlì;
- dell'articolo 15 comma 1, lettera e) del disciplinare, allegato A) al predetto avviso pubblico, nella parte in cui prevede quale requisito di ammissione in gara " una sede operativa nel territorio comunale di Forlì";
- del contratto di appalto e/o lettera contratto per l'affidamento in economia dei servizi ausiliari per il Complesso Museale San Domenico derivante dal confronto concorrenziale censurato, sempre se già stipulato, la cui invalidità segue all'illegittimità dell'aggiudicazione;

nonché, come da motivi aggiunti proposti ex articolo 1 della legge 205 del 2000 dal controinteressato, con atto notificato il 31 dicembre 2008 e depositato presso la Segreteria del Tar il 9 gennaio 2009,

per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia,

del verbale 14 novembre 2008, nel quale la Commissione di gara dà atto di aver aperto la busta contenente l'offerta economica presentata da T.E.R.G.A. Service s.r.l. e si formula la nuova graduatoria;

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Forlì;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata "Le Macchine Celibi Soc. Coop a r.l.";

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Uditi nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2009, relatore il Cons. Rosaria Trizzino, i difensori delle parti come specificato nel verbale;

Avvisate le stesse parti ai sensi dell'art. 21 decimo comma della legge n. 1034/71, introdotto dalla legge n. 205/2000;

Considerato in fatto e diritto:

1. -. Il ricorso originariamente proposto è rivolto avverso l'esclusione della società ricorrente dal confronto concorrenziale per l'affidamento in economia dei servizi ausiliari per il Complesso Museale San Domenico e l'aggiudicazione della gara a favore della controinteressata società Coop. a r.l. "Le Macchiane Celibi" .

La ricorrente, esclusa per "non avere una sede operativa nel territorio comunale di Forlì", impugna chiedendo il risarcimento dei danni in caso di annullamento, il bando di gara, il verbale della gara, la conseguente determinazione del Dirigente comunale, nonché l'articolo 15, comma 1 lettera e, del disciplinare nella parte in cui prevede quale requisito di ammissione la sede operativa nel territorio comunale di Forlì.

A sostegno del gravame deduce:

i) Violazione del combinato disposto degli articoli 42 e 73 del Codice dei contratti (d.lgs n. 163 del 2006); violazione del principio di proporzionalità; eccesso di potere sotto il profilo dell'illogicità e irrazionalità manifesta, sviamento e violazione del principio del favor participationis, motivazione carente e comunque insufficiente;

ii) Eccesso di potere, discriminazione ratione loci, violazione dei principi comunitari in tema di libera concorrenza e di libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali sanciti dagli articoli 48 e 49 del trattato CEE, violazione dell'articolo 41 della costituzione e della libertà di iniziativa economica privata .

2. - In vista della Camera di Consiglio, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, si sono costituiti in giudizio il Comune di Forlì e la controinteressata chiedendo la reiezione della sospensiva e del ricorso.

Il Comune ha innanzitutto eccepito l'inammissibilità e l'irricevibilità del ricorso per consumazione del diritto di impugnazione, violazione del ne bis in idem, tardiva impugnazione dell'avviso e del disciplinare di gara, acquiescenza .

La controinteressata oltre alla irricevibilità per tardiva impugnazione del bando, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso non essendo dimostrato l'interesse al ricorso.

La ricorrente, invece, ha eccepito l'inammissibilità della costituzione dell'Amministrazione Comunale perché la procura alle liti non sarebbe stata sottoscritta dal Sindaco.

3. - Con ordinanza 6 novembre 2008 n. 711 questa Sezione, prescindendo dalle eccezioni pregiudiziali dedotte, ha disposto l'ammissione con riserva della società ricorrente e nel contempo l'esame della sua offerta.

Tale incumbente è stato prontamente eseguito dal Comune di Forlì in data 14 novembre 2008 dalla Commissione di gara.

L'offerta della ricorrente risultava inferiore a quella dell'aggiudicataria e la Commissione di gara, ritenuta la non anomalia dell'offerta, a norma dell'articolo 16, comma 4 del Disciplinare riformulava con riserva la graduatoria (v verbale in atti, depositato il 27 novembre dal Comune).

4. – Il verbale di gara del 14 novembre 2008 è stato impugnato dalla controinteressata con motivi aggiunti notificati il 31 dicembre 2008 e depositati il 9 gennaio 2009.

Secondo la società “Le Macchine Celibi” l’impugnato verbale è affetto da violazione degli articoli 86, 87 e 88 del Codice dei Contratti; da violazione del disciplinare per la gestione dei servizi ausiliari, nonché da eccesso di potere per disparità di trattamento, violazione della par condicio, ingiustizia grave e manifesta, assoluta carenza di motivazione e violazione dei principi costituzionali di imparzialità e buona amministrazione.

5. – La ricorrente e l’Amministrazione comunale contestano l’ammissibilità di tale impugnativa mediante motivi aggiunti e nell’odierna camera di Consiglio, fissata per l’ulteriore trattazione dell’incidente cautelare dopo l’espletamento dell’incombente istruttorio, il Collegio ha ritenuto sussistenti gli elementi per la decisione della controversia con sentenza emessa in forma semplificata ai sensi dell’articolo 9 della legge 205 del 2000.

6. – Il ricorso è fondato e merita accoglimento.

Ritiene, innanzitutto, il Collegio che, in conseguenza degli eventi succedutisi, possa prescindere dall’esame dell’eccezione dedotta dalla ricorrente e relativa allo jus postulandi dell’Amministrazione comunale.

Vanno invece esaminate le questioni pregiudiziali sollevate dall’Amministrazione resistente e dalla società controinteressata con cui si è eccepito:

- l’inammissibilità del ricorso per carenza, in capo alla ricorrente, di diritto di azione;
- l’inammissibilità del ricorso per acquiescenza in quanto la ricorrente T.er.g.a. Service Srl avrebbe partecipato alla procedura (confronto concorrenziale) senza formulare riserva alcuna;
- l’inammissibilità del ricorso per tardività in quanto la ricorrente aveva l’onere di impugnazione entro i termini decadenziali decorrenti dalla conoscenza della norma del bando di gara trattandosi di clausola immediatamente lesiva.

Le eccezioni sono infondate.

a. - In merito all’eccezione di carenza di diritto di azione e alla dedotta inammissibilità della rinotificazione del ricorso va innanzitutto precisato che la rinnovazione della notifica, anche se al solo fine della rimessione nei termini previsti per il deposito, è sempre ammissibile purché avvenga nel termine per proporre ricorso.

La giurisprudenza, infatti, ha da tempo affermato che il mancato tempestivo deposito del ricorso non preclude la rinnovazione della notifica prima dell’esaurimento dei termini per procedere (Consiglio di Stato, IV, 18 marzo 2008 n. 1147).

Nella specie, la rinnovazione della notifica è stata effettuata il 14 ottobre 2008, quando non era ancora scaduto il termine di 60 giorni (più i 45 giorni della sospensione feriale) previsto a pena di decadenza.

b. - Non vi è stata acquiescenza al ricorso da parte della ricorrente in quanto la partecipazione alla procedura senza formulazione di riserva alcuna non pregiudica l’impugnazione della prescrizione del bando di cui si controverte.

Ed invero, secondo il prevalente e condiviso orientamento giurisprudenziale, la partecipazione alla procedura di gara non è incompatibile con la volontà di impugnare il bando, atteso che detta partecipazione - che denota indubbiamente l'interesse ad avere aggiudicato il servizio - costituisce atto necessario a radicare l'interesse al ricorso. (cfr. da ultimo Tar Sicilia, Palermo, 4 marzo 2008 n. 290).

c. – In merito alla eccezione tardiva impugnazione del bando e del disciplinare di gara va invece rilevato che la disposizione contenuta all'articolo 15, lettera e), del disciplinare - articolo cui il bando espressamente rinvia per la individuazione dei requisiti di ammissibilità – né può essere annoverata fra le norme immediatamente lesive della posizione del concorrente, né tanto meno è idonea a giustificare l'autonoma impugnativa del bando.

c1. Al riguardo si sottolinea che la giurisprudenza è ormai univoca nel ritenere che l'onere di immediata impugnazione di clausole riguardi requisiti di partecipazione ex se impeditivi della partecipazione alla gara.

Al contrario, a fronte di una clausola solo potenzialmente illegittima e comunque suscettibile di interpretazione, il partecipante alla procedura concorsuale diviene titolare di un interesse attuale all'impugnazione, allorquando l'astratta e potenziale illegittimità della clausola del bando si risolve con un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e, quindi, in una effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare (C.G.A., 29 gennaio 2007 n. 7; C.d.S., V, 2 settembre 2005n. 4465; idem, IV, 15 febbraio 2005 n. 478).

c2. Nella specie, invero, la prescrizione del bando che, tra gli altri requisiti, richiedeva sede operativa nel Comune di Forlì, non costituisce clausola ex se impeditiva della partecipazione alla gara e, dunque, deve ritenersi tempestiva l'impugnativa della clausola del bando proposta in uno con il provvedimento (applicativo) di esclusione dalla gara.

7. – Ciò premesso, si può ora passare all'esame del merito del ricorso e ai due motivi con cui parte ricorrente da un lato contesta la sua esclusione perché priva di sede nel Comune di Forlì e la conseguente aggiudicazione del confronto concorrenziale alla controinteressata; dall'altro impugna il bando e il disciplinare (articolo 15 lettera e) nella parte in cui richiedono fra i requisiti di ammissione la sede operativa nel Comune di Forlì.

7.1 Come già rilevato dal Collegio in sede cautelare (v. ordinanza 6 novembre 2008 n. 711) le pretese della ricorrente meritano favorevole apprezzamento.

Ed invero la norma che richiede come requisito di ammissibilità il possesso di una sede operativa nel territorio di Forlì va interpretata secondo criteri di ragionevolezza e nel rispetto dei principi generali posti in materia dall'ordinamento interno e comunitario.

In considerazione di ciò errata e in violazione dei principi comunitari in tema di libera concorrenza, di libera circolazione delle persone sarebbe la disposizione in contestazione ove si ritenesse che essa richiede l'effettiva apertura della sede già all'atto della presentazione dell'offerta.

7.2 Al contrario, in base a un'interpretazione della norma costituzionalmente orientata e rispettosa dei principi comunitari, la disposizione del bando che richiede l'apertura di una sede operativa nel territorio comunale deve ritenersi legittima se si ritiene che all'atto della presentazione dell'offerta il concorrente non operante nel Comune possa limitarsi a dichiarare l'intenzione di aprire una sede operativa nel Comune di Forlì.

L'apertura effettiva della sede operativa, dovrà, invece, essere richiesta all'impresa che al termine del confronto, sia risultata aggiudicataria provvisoria.

7.3 In conclusione, va ribadita l'illegittimità dell'esclusione della ricorrente e in accoglimento del ricorso originariamente proposto gli atti impugnati devono essere annullati.

8. – Infine il Collegio deve esaminare l'impugnativa proposta dal controinteressato avverso il verbale della Commissione di gara con cui, in adempimento alla ordinanza cautelare di questo Tribunale, si è provveduto all'ammissione con riserva della Società ricorrente, all'esame della sua offerta e alla riformulazione della graduatoria.

8.1 Con tale impugnativa, proposta con atto di motivi aggiunti notificati ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1 della legge 205 del 2000, il controinteressato sostanzialmente contesta l'operato della Commissione e in particolare la non sottoposizione al procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta della Srl T.e.r.g.a. Service.

8.2 Il Collegio, attesa la palese infondatezza delle doglianze dedotte dalla Coop. "Le Macchine Celibi", ritiene di poter prescindere dall'esame delle eccezioni di inammissibilità e improponibilità sollevate dall'Amministrazione comunale e dalla ricorrente principale.

8.3 Come si evince dal verbale un contestazione, la Commissione, richiamandosi all'articolo 16 del Disciplinare di gara, ha ritenuto di giudicare congrua l'offerta della Soc. T.e.r.g.a., per le stesse ragioni per cui era stata valutata congrua l'offerta della Coop. "Le Macchine Celibi".

Ed invero, nella seduta 25 giugno 2008 (v. verbale doc. 3 Comune), la Commissione si era determinata a non sottoporre a verifica di anomalia l'offerta della Coop "Le Macchine Celibi", giustificando la ritenuta congruità dell'offerta con il richiamo a una gara del tutto analoga, nella quale era stata valutata congrua l'offerta oraria di € 11,33 rispetto al prezzo base di € 13,80.

8.4 In considerazione di ciò e tenuto conto del valore tanto dell'offerta della ricorrente (€ 12,00 l'ora), quanto di quella della controinteressata originaria aggiudicataria (€ 12,99 l'ora), e del prezzo posto a base d'asta (€ 14,00 l'ora), deve escludersi che il comportamento tenuto dalla Commissione in sede di valutazione dell'offerta della ricorrente T.E.R.G.A. incorra nelle censure dedotte dalla controinteressata.

La domanda impugnatoria della controinteressata è pertanto infondata.

9. – Sulla base di tutte le considerazioni fin qui svolte e, conclusivamente, il ricorso originariamente proposto deve essere accolto.

Conseguentemente vanno annullate l'esclusione della ricorrente e l'aggiudicazione disposta a favore della controinteressata.

Va invece respinta la domanda impugnatoria della controinteressata.

9.1 Quanto alle spese e competenze del giudizio, sussistono giusti motivi per compensarle interamente fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna - Bologna, I sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in oggetto:

- 1) Accoglie il ricorso proposto dalla S.c. T.e.r.g.a. e per l'effetto annulla gli impugnati provvedimenti;
- 2) Respinge la domanda impugnatoria della controinteressata Coop. "Le Macchine Celibi";
- 3) Compensa integralmente fra le parti le spese e competenze del giudizio.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del 15 gennaio 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Rosaria Trizzino, Consigliere, Estensore

Grazia Brini, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/01/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO