

N. 00821/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00253/2014 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 la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 253 del 2014, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Monni Gesuino S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Alessio Vinci, con domicilio
eletto presso Alessio Vinci in Cagliari, via G. Deledda n. 74;

contro

Abbanoa S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Macciotta, con domicilio
eletto presso Giuseppe Macciotta in Cagliari, viale Diaz 29; Commissione di Gara;

nei confronti di

Fratelli Putzu Compagnia Generale Appalti S.r.l., At&T Srl Costruzioni Generali,
Sini Costruzioni S.n.c. di Marco e Franca Sini;

per l'annullamento

della decisione del Direttore Generale di Abbanoa n. 35 del 06/02/2014, recante
revoca in autotela della DDG n. 03 del 9/01/2014 e DDG n. 25 del 24/01/2014;

di tutti i verbali della Commissione di gara, del bando di gara, del disciplinare di gara, del capitolato speciale di appalto e, comunque, di tutti gli allegati del bando che costituiscono lex specialis della gara;

di ogni altro atto presupposto, inerente e conseguente, ivi comprese le note della Commissione prot. n. 9388 del 6/2/2014, 11281 del 13/02/2014 e 11308 del 13/02/2014 e, da ultimo, il diniego di autotutela in esito al preavviso di ricorso e il non conosciuto provvedimento di ritiro degli atti di gara.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio di Abbanoa S.p.a.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 luglio 2014 il dott. Gianluca Rovelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente ha partecipato alla gara per l'affidamento dei lavori di adeguamento schema fognario depurativo n. 10 – spostamento punto di scarico depuratore consortile Sorso per prescrizioni V.I.A. indetta con determinazione del direttore generale di Abbanoa s.p.a. n. 279 dell'11 ottobre 2013.

L'oggetto dell'appalto consisteva nella progettazione esecutiva, previa acquisizione della progettazione definitiva in sede di offerta e nell'esecuzione di tutti i lavori e forniture necessarie per l'intervento.

Presentavano domanda di partecipazione 4 concorrenti.

Nella prima seduta pubblica una impresa veniva esclusa.

All'esito delle operazioni di gara veniva dichiarata aggiudicataria provvisoria la ditta Gesuino Monni s.r.l.. Seguiva l'aggiudicazione definitiva in favore della medesima ditta.

Successivamente, con nota del Presidente della Commissione prot. 9388 del 6.2.2014, veniva comunicata alla ricorrente la riassunzione della gara in seduta pubblica per l'11 febbraio 2014 per informare in merito all'annullamento in sede di autotutela dell'aggiudicazione definitiva e procedere con le operazioni di rideterminazione della graduatoria.

La Commissione comunicava quindi l'esclusione della ditta Monni ai sensi dell'art. 10 lett. c) del disciplinare di gara per mancanza nell'offerta tecnica del piano di manutenzione.

Con successiva nota prot. 11281 la Commissione comunicava di aver provveduto ad una ulteriore verifica anche delle altre offerte e di avere appurato che nessuna offerta poteva considerarsi valida e di conseguenza non aggiudicava la gara a nessuna di esse.

Avverso i provvedimenti indicati in epigrafe insorgeva la ditta ricorrente deducendo le seguenti articolate censure:

violazione e falsa applicazione degli artt. 46 e 243 bis del d.lgs. 163/2006, degli artt. 24 e ss. del d.p.r. 207/2010, degli artt. 5.3. e 9 del disciplinare di gara e degli artt. 7 e ss. della L. 241/90, violazione delle regole del giusto procedimento, incompetenza della commissione, eccesso di potere per sviamento e contraddittorietà tra atti, manifesta ingiustizia e violazione del principio di imparzialità.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento degli atti impugnati previa concessione di idonea misura cautelare.

Si costituiva Abbanoa s.p.a. chiedendo il rigetto del ricorso.

Il 5 aprile 2014 l'Amministrazione depositava memoria difensiva.

Il 7 aprile 2014 la ricorrente depositava memoria difensiva.

Il 12 maggio 2014 la ricorrente depositava ricorso per motivi aggiunti per l'annullamento della decisione del direttore generale n. 90 del 24.3.2014.

Il 22 giugno 2014 la ricorrente depositava memoria difensiva.

Il 23 giugno 2014 l'Amministrazione depositava memoria difensiva.

Alla udienza pubblica del 9 luglio 2014 il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Una sintesi delle censure della ricorrente è utile ai fini della soluzione della controversia.

La ditta Monni lamenta in sostanza che:

- 1) la sua esclusione dalla gara e la conseguente revoca dell'aggiudicazione sono viziose in quanto fondate su una clausola del disciplinare nulla ai sensi di quanto previsto dall'art. 46 comma 1 bis del d.lgs. 163 del 2006;
- 2) la Commissione di gara non aveva competenza ad adottare il provvedimento impugnato in quanto a fare data dal 24.01.2014 aveva esaurito la propria funzione;
- 3) il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione è stato adottato in violazione dell'art. 7 della L. 241 del 1990.

Le censure sono fondate.

Vi sono sia violazioni di carattere formale sia violazioni di carattere sostanziale che determinano l'accoglimento del ricorso.

Intanto è del tutto pacifico che nel caso che qui occupa il Collegio l'Amministrazione ha illegittimamente ommesso di comunicare l'avvio del procedimento alla ricorrente.

Come è noto, nelle gare pubbliche è l'aggiudicazione provvisoria a essere qualificata come atto endoprocedimentale che determina una scelta non ancora definitiva da parte della Commissione di gara, rispetto al quale l'aggiudicatario provvisorio può vantare un mera aspettativa alla conclusione del procedimento e

non già una posizione giuridica qualificata. In quel caso non sussiste l'obbligo per la stazione appaltante di comunicare l'avvio del procedimento nel caso di revoca degli atti. Ma nel caso in cui il procedimento sia giunto all'aggiudicazione definitiva l'Amministrazione è obbligata al rispetto delle garanzie partecipative se si determina ad agire in via di autotutela in ragione della posizione di vantaggio che quest'ultima costituisce in capo all'impresa aggiudicataria.

La censura è manifestamente fondata e determina l'accoglimento del ricorso.

Ma anche la prima delle censure sopra sintetizzate è fondata.

E' solo il caso di premettere che l'onere d'immediata impugnazione del bando di gara è circoscritto al caso della contestazione di clausole escludenti, riguardanti requisiti di partecipazione, che siano ex se ostative all'ammissione dell'interessato, o, al più, impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, dovendo le altre clausole essere ritenute lesive ed impuginate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva.

A fronte di una clausola illegittima della lex specialis di gara, ma non impeditiva della partecipazione, la ditta concorrente non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, poiché non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare.

L'eccezione sollevata dalla difesa dell'Amministrazione nella memoria depositata il 5 aprile 2014 è, pertanto, infondata.

Ciò chiarito, il Collegio osserva che le argomentazioni che la difesa della ricorrente svolge, in particolare, nella memoria depositata il 23 giugno 2014 sono pienamente condivisibili.

La questione è semplice e può essere sintetizzata nei seguenti punti:

1) l'appalto per cui è causa aveva ad oggetto l'affidamento della progettazione esecutiva;

2) è del tutto pacifico che il “piano di manutenzione” per la cui mancanza la ricorrente è stata esclusa non è un elaborato del progetto definitivo bensì di quello esecutivo (che doveva ancora essere redatto);

3) all'inadempimento di tale prescrizione, peraltro del tutto illogica e irrazionale, non può ricollegarsi la sanzione dell'esclusione dalla gara posto che le Stazioni appaltanti possono, di regola, inserire nei propri atti di gara solamente due tipologie di clausole escludenti :

a) quelle che riproducono obblighi previsti dal codice o dal regolamento dei contratti pubblici e da altre disposizioni legislative;

b) quelle che appaiono funzionali ad evitare incertezze sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, ovvero ad assicurarne la segretezza.

In nessuna di tali ipotesi rientra, nella specifica gara in esame, la previsione dell'allegazione del Piano di manutenzione.

Non è superfluo ricordare che questa Sezione ha già avuto modo, anche di recente, di affermare che il procedimento di gara e la sottesa istruttoria devono essere ispirati a parametri di razionalità tecnica e che gli adempimenti e le formalità richieste ai concorrenti devono risultare adeguati anche in riferimento alla tipologia di scelta del contraente per la quale l'Amministrazione ha optato. L'imposizione ai partecipanti di oneri e formalismi non necessari, a pena di esclusione, contrasta con il principio di ragionevolezza allorché tali prescrizioni non comportano

alcun effettivo vantaggio per l'Amministrazione (T.a.r. Sardegna, Sez. I, 19 settembre 2014, n. 721).

Il principio cardine cui devono essere informate le procedure di gara è quello del favor participationis e la ragionevolezza deve essere intesa come componente dei procedimenti, onde ricercare soluzioni funzionali tendenti a conciliare l'interesse dell'Amministrazione e quello dei partecipanti con riguardo alle peculiari caratteristiche della singola procedura di gara.

La disposta esclusione, e la presupposta norma di disciplinare, sono dunque illegittime per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione.

Le ulteriori doglianze della ricorrente possono essere assorbite.

Il ricorso e i motivi aggiunti vanno in definitiva accolti, con annullamento degli atti impugnati.

L'annullamento degli atti impugnati rimette in gioco l'impresa ricorrente che pertanto avrà la possibilità di conseguire l'agognato bene della vita (aggiudicazione della gara e contratto di appalto). Si tratta di una reintegrazione in forma specifica nella posizione sostanziale lesa che esclude, anche in prospettiva strumentale, ogni ipotesi di risarcimento alternativo.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna l'Amministrazione alle spese del presente giudizio in favore della ricorrente che liquida in € 2.000/00 (duemila) oltre accessori di legge e restituzione contributo unificato.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Marco Lensi, Consigliere

Gianluca Rovelli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **17/10/2014**

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)