

Gare d'appalto: l'offerta deve essere "chiara, precisa e concordante"...

Scritto da Melita Manola
Martedì 30 Agosto 2011 18:21 -

N. 785/2011 Reg. Prov. Coll. N. 1222 Reg. Ric. ANNO 2010 REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima) ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1222 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Società C., rappresentato e difeso dagli avv. Eugenio Dalli Cardillo, Giuseppe Gallenca, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Gallenca in Torino, via XX Settembre, 60;

contro

Unione dei Comuni - Comunità Collinare "Colline Alfieri" c/o Comune di S. Damiano D'Asti, rappresentata e difesa dagli avv. Gaetano Alfarano, Maria Grazia Lanero, con domicilio eletto presso l'avv. Maria Grazia Lanero in Torino, c.so Vittorio Emanuele II, 83; Il Responsabile del Procedimento di Gara, Commissione di Gara;

nei confronti di

M. S.r.l., P. S.C.R.L.; Ati M. Srl- P. Scrl, rappresentate e difese dagli avv. Riccardo Montanaro, Donatella Valsania, con domicilio eletto presso l'avv. Riccardo Montanaro in Torino, via del Carmine, 2;

per l'annullamento

della determina di aggiudicazione definitiva n. 94 emanata in data 20.9.2010, comunicata con la nota n. 2184 in data 23.9.2010, con la quale aggiudica la gara avente ad oggetto la gestione del servizio di refezione scolastica per il periodo settembre 2010 - giugno 2018 presso le scuole dei Comuni facenti parte della Comunità Collinare "Colline Alfieri";

della determina di aggiudicazione provvisoria n. 89 del 8.9.2010;

di tutti i verbali di gara adottati dalla Commissione giudicatrice del 18. 23, 25, 30 agosto;

del bando, del capitolato, del disciplinare di gara;

di tutti gli atti e dei dinieghi di accesso agli atti della Stazione appaltante;

del diniego espresso nei confronti dell'istanza di esclusione dell'ATI M. - P. presentata dalla Società C. in data 9/9/2010;

degli eventuali provvedimenti emanati dalla Stazione appaltante che affidano o anticipano gli effetti dell'aggiudicazione del servizio all'ATI M. - P.;

Gare d'appalto: l'offerta deve essere "chiara, precisa e concordante"...

Scritto da Melita Manola
Martedì 30 Agosto 2011 18:21 -

degli eventuali atti di verifica dei requisiti dell'aggiudicatario e di ogni altro atto propedeutico alla stipulazione del contratto e della sua eventuale sottoscrizione;

di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Unione dei Comuni - Comunità Collinare "Colline Alfieri" c/o Comune di S. Damiano D'Asti e di Ati M. Srl- P. Scrl;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale M. S.r.l. A.T.I. con P. S.C.R.L., rappresentato e difeso dagli avv. Riccardo Montanaro, Donatella Valsania, con domicilio eletto presso Riccardo Montanaro in Torino, via del Carmine, 2;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2011 il dott. Alfonso Graziano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1.1. Viene in decisione nel merito il ricorso in epigrafe con il quale la ricorrente cooperativa impugna l'aggiudicazione definitiva, chiedendo il subentro nel relativo contratto, del servizio di refezione scolastica per il periodo settembre 2010 - giugno 2018 presso le scuole dei comuni della Comunità collinare "Colline Alfieri".

Con atto di motivi aggiunti ritualmente notificato e depositato il 29.11.2010 la ricorrente a seguito dell'accesso agli atti messi a disposizione in esito all'informativa di precontenzioso, arricchiva l'impugnativa di altri motivi, il secondo dei quali fatto oggetto di delibazione in sede cautelare.

1.2. Si costituiva l'amministrazione con atto formale del 9.11.2010 depositando poi memoria il 16.11.2010 ed ulteriori memorie il 30.11.2010 e il 31.12.2010.

Anche la controinteressata si costituiva con atto di costituzione e memoria il 13.11.2010 poi producendo memorie il 30.11.2010, il 30.12.2010 e il 22.2.2011 nonché replica il 30.6.2011.

Interponeva altresì l'ATI controinteressata un ricorso incidentale depositato il 22.12.2010 previamente notificato il 13.12.2010.

Anche la ricorrente cooperativa produceva memorie il 30.11.2010, il 27.12.2010 e replica il

Gare d'appalto: l'offerta deve essere "chiara, precisa e concordante"...

Scritto da Melita Manola
Martedì 30 Agosto 2011 18:21 -

26.2.2011 e il 23.6.2011.

Alla Camera di consiglio del 2.12.2010 la Sezione accoglieva la domanda cautelare motivando diffusamente sui profili di qualificato

fumus

del gravame con Ordinanza n. 902/2010 con la quale sospendeva gli atti impugnati decretando l'inibitoria alla stipula del contratto e contestualmente fissava l'Udienza di trattazione del merito per il 13.1.2011.

L'udienza veniva rinviata per malattia del relatore al 10.3.2011 laddove subiva ulteriore differimento per la medesima causale alla pubblica Udienza del 13.7.2011 durante la quale udita la discussione dei patroni delle parti e la Relazione del Referendario Avv. Alfonso Graziano il complessivo materiale di causa veniva introitato per la definitiva decisione.

2.1. Deve preliminarmente il Collegio, anche in ossequio ai dettami di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4/2011, procedere allo scrutinio del ricorso incidentale, che si attegga di tipo paralizzante in quanto tende alla declaratoria di illegittimità dell'ammissione alla gara della ricorrente principale, talché il suo eventuale accoglimento importerebbe la dichiarazione di inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione della ricorrente principale.

Al riguardo, il mezzo incidentale, prima ancora che infondato poiché l'invocata previsione di cui all'art. 11, penultimo periodo del capitolato speciale che prevedeva che il personale e gli automezzi fossero in numero sufficiente a far sì che il lasso temporale occorrente al trasporto dei pasti fosse in ogni caso non superiore a 30 minuti non contempla alcuna sanzione per la sua inosservanza né tanto meno l'esclusione dalla gara e dovendo le cause di esclusione essere interpretate restrittivamente in omaggio al principio del

favor participationis

, si appalesa

ictu oculi

irricevibile per tardività della sua notifica siccome avvenuta oltre il termine di trenta giorni sancito dall'art. 120 cod. proc. amm.

2.1. Invero, rammenta il Collegio come la predetta norma, nella parte in cui stabilisce che i ricorsi e i motivi aggiunti nelle materie di cui all'art. 119 - tra cui gli appalti di servizi - vanno proposti nel termine di trenta giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione, si estende di necessità anche al ricorso incidentale.

Controdeduce sul punto la controinteressata invocando T.A.R. Puglia - Lecce, Sez. II, n. 113/2001 che ha ritenuto che il predetto termine dimezzato di 30 giorni astringe il solo ricorso principale e i motivi aggiunti, applicandosi invece al ricorso incidentale il termine ordinario di 60 giorni di cui all'art. 42 c.p.a.

2.3. Deve il Collegio dissentire dall'esegesi compiuta dal T.A.R. Lecce nell'invocato precedente. Il quale oltre a collidere con l'indistinta ed ampia formulazione dell'art. 120 cod. proc. amm., impatta anche con la

ratio legis

ad esso sottesa oltre che con il principio di uguaglianza di rilievo costituzionale.

Invero, non può a parere della Sezione opinarsi che stante il silenzio della norma in punto di ricorso incidentale il termine dimidiato di trenta giorni astringa il solo ricorso principale e i motivi aggiunti.

Osta a siffatta inaccoglibile ermeneusi, intanto, il dato letterale della norma che usa il termine "il ricorso e i motivi aggiunti" senza precisare "il ricorso principale", dimodoché la predetta indistinta e generalizzata formula legislativa non autorizza l'interprete a sottrarre dal fuoco della norma il ricorso incidentale, che è e rimane pur sempre un ricorso che del principale partecipa la medesima natura di azione diretta contro un provvedimento di ammissione alla gara, specie ove sia - quale quello all'esame - di tipo paralizzante.

Del resto, là dove, invece, il legislatore abbia inteso riferirsi al solo ricorso principale, lo ha nominativamente indicato, come avviene nell'art. 119, ove vengono espressamente sottratti alla regola del dimezzamento dei termini il ricorso principale, quello incidentale e i motivi aggiunti, ma salvo quanto stabilito all'art. 120, il quale, come detto, contempla indistintamente il ricorso e i motivi aggiunti, con una locuzione che deve intendersi estesa al ricorso incidentale e ai relativi motivi aggiunti proposti sul ricorso incidentale medesimo.

2.4. Ma ciò che maggiormente contrasta la tesi che si critica è la patente infrazione del principio di uguaglianza delle parti nel processo che essa avallerebbe e produrrebbe allorché dovesse ritenersi che solo il ricorrente principale ha a disposizione trenta giorni per proporre la sua impugnativa mentre il ricorrente incidentale beneficerebbe dell'ordinario termine decadenziale di sessanta giorni.

L'ordinamento non ritaglia, a ben guardare, alcuna iper protezione al ricorrente incidentale, privilegio che si risolverebbe in una palese inammissibile violazione del principio di uguaglianza delle parti processuali nel processo, oltre che in una evidente frustrazione della

ratio legis

che informa la novella legislativa, la quale muove nel segno dell'accelerazione delle procedure di ricorso nella materia degli appalti.

2.4. Conclusivamente, a parere della Sezione, il ricorso incidentale in materia di appalti, ai sensi del combinato disposto dell'art. 42 e 120 c.p.a., deve proporsi nel termine di trenta giorni decorrenti dalla conoscenza del ricorso principale e non più dalla scadenza del termine stabilito dalla legge per il suo deposito come avveniva nel regime previgente.

Da ciò consegue nel caso di specie che il ricorso in scrutinio è tardivo poiché avviato alla notifica il 13 dicembre 2010 mentre il ricorso principale, come riconosce la stessa controinteressata, le è pervenuto il 22 ottobre 2010, per cui il mezzo incidentale andava notificato il 21 novembre 2010, discendendone la sua palese tardività siccome notificato il 13 dicembre.

Può ora approdarsi alla disamina del gravame principale.

Gare d'appalto: l'offerta deve essere "chiara, precisa e concordante"...

Scritto da Melita Manola

Martedì 30 Agosto 2011 18:21 -

3.1. Con il primo mezzo la ricorrente rubrica violazione del principio di cui alla Direttiva CE 2004/18 e degli artt. 2, 74 e 82 del d.lgs. n. 163/2006, inammissibilità dell'offerta condizionata della cooperativa aggiudicataria, inammissibilità ed indeterminatezza dell'offerta tecnica presentata dalla predetta ATI, violazione della

par condicio

, eccesso di potere per carenza di istruttoria e sviamento, violazione del

favor participationis

e del principio di uguaglianza nonché dell'art. 97 Cost.

Si duole al riguardo che la cooperativa controinteressata ha da sempre utilizzato nella gestione pregressa del servizio in contesa, due soli automezzi. La legge di gara disponeva che gli automezzi ed il personale impiegato dovevano essere in numero sufficiente affinché i tempi di percorrenza non superassero in ogni caso 30 minuti.

Tuttavia l'ATI aggiudicataria metteva a disposizione della s.a. ben 10 automezzi onde presumibilmente lucrare un maggior punteggio per l'offerta tecnica ed infatti le venivano assegnati ben 8 punti per la stessa.

Pur tuttavia, la controinteressata condizionava la sua offerta manifestando la disponibilità a mettere a disposizione della S.A. una somma di euro 500 fino ad un massimo di euro 4.000 per ogni automezzo non utilizzato per l'espletamento del servizio per ogni anno scolastico. Il che fornirebbe prova che il servizio poteva essere svolto con soli due automezzi. La ricorrente presentava istanza di esclusione dell'offerta predetta assumendone il carattere condizionato ma la P.A. la rigettava adducendo che la delineata messa a disposizione delle somme indicate per gli automezzi non utilizzati non rendeva l'offerta stessa condizionata non avendo l'ATI subordinato la propria adesione al contratto alla cennata previsione.

La ricorrente pretende che l'offerta della ATI controinteressata dovesse essere esclusa ed invoca giurisprudenza recente sull'inammissibilità dell'offerta condizionata anche in difetto di apposita previsione della

lex specialis

.

3.2. Ritiene il Collegio che la riassunta doglianza si presti a positiva considerazione e vada pertanto accolta, dovendosi confermare la delibazione di fondatezza del motivo già diffusamente motivata in sede cautelare.

E' anzitutto riscontrabile in atti che l'ATI aggiudicataria odierna controinteressata ha offerto alla Unione dei Comuni resistente la somma di euro 500 per ciascuno dei dieci automezzi offerti non utilizzato; come pure è provato che essa intendeva svolgere il servizio con due soli automezzi.

Ebbene, la dichiarazione di disponibilità ad erogare all'amministrazione un corrispettivo pari a 500 euro per ciascun automezzo non autorizzato arreca un incontrovertibile vulnus alla

par condicio

e alla concorrenza, dal momento che consente alla offerente ati di lucrare un sensibile

Gare d'appalto: l'offerta deve essere "chiara, precisa e concordante"...

Scritto da Melita Manola
Martedì 30 Agosto 2011 18:21 -

quid pluris

rispetto al corrispettivo contrattuale.

Siffatta manifestazione di intenti introduce inoltre un *quid novi* nelle regole di gara sancite dalla *lex specialis*

ed inoltre altera sensibilmente l'equilibrio contrattuale coniato dagli atti di natura economico finanziaria che sottendono la predisposizione del procedimento di gara.

Appare pertanto fondata la censura formulata sul punto dalla ricorrente.

Ma, più in radice, osserva il Collegio come l'offerta dell'ATI si prospetti indeterminata e pertanto nulla.

Invero, va rilevato che dall'esame dell'estratto del piano di gestione del trasporto dei pasti dell'ATI, effettivamente la stessa ha dichiarato di impiegare 10 automezzi, contestualmente mettendo a disposizione della S.A. euro 500 per ciascun automezzo non utilizzato, nell'ipotesi in cui l'Amministrazione avesse ritenuto che il servizio potesse essere garantito mercé l'impiego di soli 2 automezzi.

Devesi peraltro evidenziare che l'offerta stessa, come si evince a chiare note nel prodotto piano di gestione (doc. 17 ricorrente) con i relativi percorsi (doc. 18 ricorrente), dov'è descritto il percorso di soli due automezzi, contempla l'espletamento del servizio mediante due soli automezzi.

Il documento che raffigura i percorsi dei mezzi che l'ATI aveva in animo di impiegare, contempla infatti due soli veicoli, collidendo dunque con la previsione di mettere a disposizione ben dieci automezzi.

Siffatta discrasia pone anzitutto in luce, verosimilmente, l'intento della controinteressata di "gonfiare" ad arte il numero di mezzi impiegandi per l'appalto, all'evidente fine di lucrare un punteggio elevato, tant'è che, come esattamente denota la ricorrente, l'ATI ha conseguito ben 8 punti per l'offerta tecnica.

Sul piano dell'equilibrio contrattuale e della serietà ed univocità della proposta negoziale espressa all'Amministrazione, poi, la delineata aporia tra i dieci dichiarati mezzi e i due effettivamente contemplati ed ipotizzati per l'espletamento del servizio in controversia, palesa un'intima indeterminatezza e contraddittorietà che introduce un elemento di incertezza nella proposta contrattuale che doveva condurre alla sua esclusione siccome trattavasi di un'offerta sostanzialmente nulla perché formulata in modo contraddittorio con due diverse ed alternative quantificazioni all'interno della stessa busta economica (T.A.R. Abruzzo L'Aquila, Sez. I, 1 dicembre 2008, n. 1271).

3.3. Ritiene la Sezione che le offerte tecniche nelle pubbliche gare debbano essere improntate alla massima linearità e chiarezza, onde prefigurare all'Amministrazione un quadro certo dei rispettivi doveri ed obblighi contrattuali e che qualsivoglia elemento che introduca nel sinallagma negoziale profili di indeterminatezza o di incertezza, anche se vantaggiosi, in ipotesi

Gare d'appalto: l'offerta deve essere "chiara, precisa e concordante"...

Scritto da Melita Manola
Martedì 30 Agosto 2011 18:21 -

per la P.A., vale a conferire all'offerta la natura di offerta indeterminata o condizionata che ne deve comportare l'esclusione dalla gara.

E ciò, come la giurisprudenza ha già condivisibilmente sancito, a prescindere dalla presenza o meno nella legge di gara di un'espressa comminatoria di esclusione, stante la superiorità del principio che vieta le offerte condizionate e le rende inammissibili (T.A.R. Campania - Napoli, Sez. I, 26.11.2009, n. 8082).

L'offerta della ATI M. doveva essere pertanto esclusa dalla gara siccome condizionata e/o indeterminata e pertanto nulla.

Il primo motivo di ricorso è pertanto fondato e va accolto.

4.1. Assume ora rilievo dirimente l'esame dei motivi aggiunti, dei quali si presenta fondato ed assorbente il secondo (V della numerazione complessiva) con il quale la ricorrente rubrica violazione della legge di gara che prevede a pena di esclusione l'obbligo per le imprese partecipanti di effettuare il sopralluogo; eccesso di potere e carenza di istruttoria, violazione del principio del *favor participationis* e dell'art. 97 della Costituzione.

Lamenta in proposito che l'art. 3 del disciplinare di gara stabilisce a pena di esclusione, l'obbligo per le imprese partecipanti, di effettuare il sopralluogo dei locali ove si svolgeranno i servizi oggetto di appalto.

La medesima norma di gara dispone poi che l'incaricato dell'impresa non possa eseguire il sopralluogo per conto di altre imprese.

Orbene, la controinteressata è un'ATI in cui la P. S.c.a.r.l. svolgerà il 35% del servizio oggetto di gara, ma dall'accesso agli atti eseguito dalla deducente il 25.10.2010 emerge che il sopralluogo è stato effettuato dalla sola impresa M. ma non anche dalla P. predetta.

Ne consegue che l'ATI dovesse essere esclusa dalla procedura di gara per mancata effettuazione del sopralluogo da parte della P..

4.2. Come deliberato in sede cautelare il Collegio ritiene fondato il profilo di censura dianzi illustrato.

E' stata invero infranta la prescrizione, assistita dalla comminatoria espressa dell'esclusione, recata dall'art. 3 del disciplinare, il quale faceva obbligo a tutte le imprese partecipanti, con espresso divieto del sopralluogo per conto terzi, di corredare la loro offerta dell'attestazione di sopralluogo, laddove risulta agli atti il sopralluogo della sola impresa M. s.r.l (doc. 21 ricorrente) ma non anche quello della mandante P. scarl che dichiarava di assumere il 35% del servizio posto in gara (doc. 20 ricorrente).

A nulla vale opporre, come fa la controinteressata e la stessa amministrazione, che era

Gare d'appalto: l'offerta deve essere "chiara, precisa e concordante"...

Scritto da Melita Manola

Martedì 30 Agosto 2011 18:21 -

sufficiente l'effettuazione dell'incombente da parte della sola M., che è mandataria e capogruppo della costituenda ATI, invocandosi la giurisprudenza che ritiene sufficiente il solo sopralluogo della impresa capogruppo.

Quella giurisprudenza risulta infatti, ad avviso del Collegio, inconferente sia per la rilevata presenza nell'art. 3 del disciplinare dell'espressa disposizione che faceva divieto dell'effettuazione del sopralluogo per conto terzi, sia per la natura di ati costituenda del raggruppamento controinteressato.

4.3. Ritiene il Collegio di dover fissare il principio per il quale il sopralluogo richiesto in sede di gara debba essere effettuato da ogni singola impresa facente parte di un'ATI costituenda e che non sia sufficiente il solo sopralluogo espletato dalla impresa mandataria, dal momento che le ATI costituenti si caratterizzano per autonomia delle singole componenti e per l'assenza di qualsivoglia vincolo di mandato in capo all'impresa che solo nel futuro raggruppamento ne assumerà la veste di mandataria, conseguendone che prima della formale costituzione del vincolo di mandato collettivo speciale con rappresentanza alla capogruppo, la futura mandataria non può effettuare dichiarazioni ed attività che ridondino nella sfera giuridica delle mandanti, stante la delineata autonomia delle medesime e l'assenza di qualsivoglia vincolo di mandato tra di loro.

Nel caso all'esame della Sezione, dunque, poiché il sopralluogo effettuato dalla mandataria Impresa M. non si riverbera e

ipso

nella sfera giuridica della P. che invece non lo ha effettuato, risulta infranta la prescrizione di cui all'art. 3 del disciplinare di gara che ricollegava alla violazione l'espressa comminatoria dell'esclusione dalla gara.

L'intero futuro raggruppamento doveva pertanto essere estromesso dalla gara e non poteva risultarne aggiudicatario.

Il motivo in scrutinio è pertanto fondato e va accolto.

In definitiva, sulla scorta delle argomentazioni che precedono il ricorso principale e relativi motivi aggiunti si profilano fondati e vanno accolti, mentre irricevibile va dichiarato il gravame incidentale.

Possono essere dichiarati assorbiti i residui motivi di ricorso stante la portata cruciale delle censure finora esaminate che comportano il travolgimento dell'aggiudicazione alla controinteressata.

In sintesi il ricorso incidentale in materia di appalti deve essere notificato nel termine di trenta giorni decorrenti dalla notifica del ricorso principale e l'attestazione di sopralluogo per le ATI costituenti va resa da ciascuna impresa facente parte del futuro raggruppamento.

5. In esecuzione della presente sentenza, atteso che la cooperativa ricorrente è risultata seconda in graduatoria e che ha articolato domanda di subentro nel contratto l'amministrazione

Gare d'appalto: l'offerta deve essere "chiara, precisa e concordante"...

Scritto da Melita Manola
Martedì 30 Agosto 2011 18:21 -

dovrà pronunciare, in ottemperanza alla presente decisione, l'aggiudicazione a favore della ricorrente con la quale stipulerà poi il contratto d'appalto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

dichiara irricevibile per tardività della notifica il ricorso incidentale;

accoglie il ricorso principale e i motivi aggiunti per l'effetto annulla i provvedimenti con essi impugnati.

Condanna l'Amministrazione resistente a pagare alla ricorrente le spese di lite che liquida in euro 2.000,00 oltre iva e CNPA e rimborso dei due contributi unificati versati all'Erario.

Ordina che la presente Sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

IL PRESIDENTE

Franco Bianchi

L'ESTENSORE

Alfonso Graziano

IL PRIMO REFERENDARIO

Richard Goso

Depositata in Segreteria il 14 luglio 2011

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