

N. 854/2011 Reg. Prov. Coll. N. 1927 Reg. Ric. ANNO 2010 REPUBBLICA ITALIANA IN
NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1927 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Società Cooperativa a r.l. P., rappresentata e difesa dall'avv. Rosario Calanni Fraccono, con
domicilio eletto presso lo stesso avv. Fraccono in Catania, via V. Giuffrida, 37;

contro

Ente Autonomo Regionale Teatro Massimo V. Bellini, rappresentato e difeso dall'avv. Prof.
Michele Ali, con domicilio eletto presso lo stesso, in Catania, via Crociferi, 60;

nei confronti di

A. - Spettacolo e Animazioni, rappresentato e difeso dall'avv. Orazio Abbamonte, con domicilio
eletto presso l'avv. Nicola Seminara, in Catania, corso delle Province, 203;

per l'annullamento

- del verbale del 15 giugno 2010 con cui l'Ente Autonomo Regionale Teatro Massimo Bellini di
Catania, all'esito della gara avente ad oggetto l'organizzazione, di durata triennale, del servizio
di maschere e hostess per l'assistenza agli spettatori nelle rappresentazioni programmate
dell'ente, ha aggiudicato l'appalto alla ditta A., escludendo la ricorrente prima classificata;

- di ogni altro atto presupposto, successivo e/o consequenziale comunque connesso (ricorso
introduttivo);

- della successiva deliberazione del Commissario Straordinario del 16 luglio 2010 numero 387
(impugnata con motivi aggiunti notificati il 21 settembre 2010), con cui all'esito della gara
predetta, è stata disposta l'aggiudicazione definitiva dell'appalto alla ditta "A.", escludendo la
ricorrente prima classificata;

- di ogni altro atto o provvedimento, antecedente o successivo, anche di natura istruttoria,
comunque presupposto, connesso e/o consequenziale (motivi aggiunti).

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ente Autonomo Regionale Teatro Massimo V. Bellini e
di A. - Spettacolo e Animazioni;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2011 il dott. Maria Stella Boscarino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso introduttivo del giudizio la società ricorrente espone di aver partecipato alla gara, indetta dal Teatro Massimo V. Bellini di Catania, con bando pubblicato sulla G.U.R.S. dell'1 aprile 2010, da aggiudicarsi secondo il criterio del miglior ribasso percentuale unico sui prezzi a base d'asta, avente ad oggetto l'organizzazione, di durata triennale, del servizio di maschere e hostess per l'assistenza agli spettatori nelle rappresentazioni programmate dall'ente (il prezzo base stabilito per ogni singola unità, era di euro 75,00 oltre IVA per il servizio di maschera ed euro 114,00 oltre IVA per il servizio di hostess);

Precisa la ricorrente che negli anni precedenti (sin dal 1999) si era aggiudicata la gara per l'affidamento del servizio.

Alla gara in questione presentavano offerta anche altre due ditte, la A. e la B.;

Il 20 maggio 2010 la commissione, dopo aver aperto le operazioni di gara e verificata la documentazione amministrativa presentata da tutte e tre le ditte partecipanti, passava all'apertura delle buste contenenti l'offerta economica; all'esito della stessa, l'offerta presentata dalla società istante risultava essere la più conveniente, essendo stata formulata una percentuale di ribasso del 24% sugli importi a base d'asta.

Le operazioni di gara subivano tuttavia un arresto, allorché il Presidente sospendeva i lavori, avendo la ditta A. eccepito: a) l'irregolarità delle dichiarazioni rese dalla società P., con riferimento all'omessa specificazione del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro che la ditta ricorrente avrebbe applicato al personale utilizzato per lo svolgimento del servizio; b) l'irregolarità della polizza fideiussoria costituita dalla società presso la Compagnia I., quale cauzione provvisoria, in quanto costituita a garanzia degli obblighi scaturenti dalla proroga del servizio di hostess e maschere sopra detto, piuttosto che a garanzia degli obblighi scaturenti dalla partecipazione alla nuova gara d'appalto, per come richiesto al punto A.5: CAUZIONE PROVVISORIA del disciplinare di gara.

La ricorrente espone, ancora, che la stazione appaltante, successivamente, con telegramma del 10 giugno 2010, avvisava le ditte interessate che il giorno 15 giugno 2010 sarebbero riprese le operazioni di gara; alla riapertura dei lavori, la commissione giudicatrice, pur decidendo di "...procedere ad un riesame della documentazione prodotta dai ricorrenti in sede di gara ai fini

di una completezza di decisione, in applicazione del più generale principio di imparzialità amministrativa...", procedeva tuttavia alla riapertura dei plichi contenenti le documentazioni delle sole ditte P. e A., e non di quello della società B..

All'esito di detto riesame la Commissione di gara, riservandosi sulla seconda censura sollevata dalla ditta A. e ritenendo assorbente la prima, decideva, con verbale del 15 giugno 2010, di escludere la società P. dalla gara ed aggiudicare l'affidamento del servizio alla ditta A. (con una percentuale di ribasso del 19,20 sull'importo a base d'asta).

La società ricorrente impugnava il suddetto verbale di aggiudicazione provvisoria, lamentandone l'illegittimità sotto duplice profilo, sia in merito alla propria esclusione che in ordine al mancato riesame della posizione della società B., la cui ammissione sarebbe stata affetta dai medesimi vizi contestati alla ricorrente.

In data 16 luglio 2010, la Stazione appaltante adottava la deliberazione del Commissario Straordinario numero 387 di aggiudicazione definitiva dell'appalto alla ditta istante a) per i motivi di cui al verbale del 15 giugno 2010; b) accogliendo anche la censura relativa alla irregolarità della polizza fideiussoria presentata dalla società "P..".

La società ricorrente il 21 settembre 2010 notificava ricorso per motivi aggiunti avverso quest'ultima deliberazione.

Si costituivano in giudizio sia l'Amm.ne che la controinteressata, producendo memorie e documenti, contestando l'ammissibilità del ricorso e, nel merito, difendendo la legittimità degli atti impugnati.

Questa Sezione, nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2010, con ordinanza numero 1399/2010, accoglieva la domanda di sospensione "...ritenuto che appare fondato il profilo sub "B" del 3^ motivo di ricorso (mancata estensione della verifica alla terza impresa)..." e "...avuto riguardo all'interesse strumentale, in capo alla ricorrente, alla rinnovazione della gara...", e rinviava la trattazione del ricorso all'udienza pubblica del 23 marzo 2011.

Le parti hanno prodotto memorie conclusionali e di replica.

Infine, all'udienza del 23 marzo 2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

I. Con il primo motivo del ricorso introduttivo (riproposto come terzo motivo del ricorso per m.a.) la ricorrente lamenta l'illegittimità della propria esclusione per travisamento, difetto di istruttoria e difetto di motivazione, nonché violazione dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'articolo 97 della Costituzione.

L'esclusione della società ricorrente dalla gara per omessa dichiarazione del Contratto collettivo Nazionale da applicare ai lavoratori da impiegare nel servizio di maschere e hostess sarebbe pretestuosa, poiché risulterebbe sufficiente la dichiarazione di "...avere in atto n° 31 addetti, tra

soci lavoratori e/o dipendenti e/o altre forme di contratto previste dalla legge e, pertanto, le unità che saranno utilizzate per le prestazioni di Maschere e di Hostess avranno rapporto di socio lavoratore e/o dipendente e/o altra forma di contratto prevista dalla legge".

La censura è infondata.

L'articolo 3 del capitolato speciale d'onere ha previsto la necessità di indicare la natura giuridica del rapporto da instaurarsi con le unità da utilizzarsi per le prestazioni di Maschere e di Hostess ed il contratto collettivo nazionale di lavoro da applicare ai lavoratori da impiegare nel servizio bandito.

Come giustamente eccepito nelle Difese dell'Amm.ne, nel caso di una concorrente cooperativa a r.l. (come la ricorrente), un conto è che il servizio di maschera o hostess venga prestato da un socio lavoratore (il quale avrà diritto ad un trattamento economico complessivo non inferiore ai minimi previsti dalla contrattazione collettiva di settore o categoria affine), cosa diversa è se si tratti di un dipendente della cooperativa (il quale avrà diritto all'applicazione del contratto collettivo di lavoro), cosa ancora diversa è l'ipotesi di rapporti di natura diversa da quello subordinato (es collaborazione coordinata e continuativa).

La dichiarazione della ricorrente appare quindi affetta da incertezza assoluta circa un elemento essenziale (la natura giuridica del rapporto ed il contratto applicabile), per cui l'Amm.ne non poteva ammettere la concorrente a gara, alla luce della clausola di esclusione di cui al punto 10 delle Avvertenze contenute nel disciplinare di gara.

II. Sotto un secondo profilo, la ricorrente si duole della esclusione, comminata con la deliberazione del Commissario Straordinario del 16 luglio 2010 numero 387 per irregolarità della polizza fideiussoria costituita presso la Compagnia I., quale cauzione provvisoria.

Ma anche tale censura è infondata.

Il bando di gara ha prescritto (punto A.5) la presentazione di una garanzia pari al 2% dell'importo presunto annuale (euro 150.000,00).

La ricorrente, in luogo di cauzione provvisoria (per mancata stipula del contratto), ha prodotto la proroga per un anno della polizza stipulata l'11.12.2006, con scadenza l'11.12.2009, polizza che, come si legge nella relativa "descrizione", attiene all'appalto del servizio hostess e maschere aggiudicato alla ricorrente il 24.11.2006. In sostanza, la ricorrente ha prodotto polizza fideiussoria volta a garantire la prosecuzione del servizio in proroga dal 12.11.2009 all'11.12.2010, che è cosa ben diversa dalla cauzione provvisoria.

Ne consegue la correttezza dell'esclusione disposta dall'Amm.ne.

III. Con il secondo motivo del ricorso introduttivo (riproposto come quarto motivo del ricorso per m.a.) parte ricorrente lamenta l'illegittimità della propria esclusione per violazione e falsa applicazione dell'articolo 46 del decreto legislativo 163/2006 e dell'articolo 6 della legge 241 del 1990 sull'obbligo del cosiddetto "soccorso istruttorio" nonché per violazione del principio della

massima partecipazione, deducendo che l'Amministrazione avrebbe dovuto far ricorso alla possibilità richiedere alla ricorrente eventuali chiarimenti e/o integrazioni documentali.

Anche tale censura è infondata, alla luce del condivisibile principio giurisprudenziale secondo il quale la violazione di oneri formali imposti a pena di esclusione dalla

lex specialis

esprime la prevalenza del principio di formalità collegato alla garanzia della

par condicio

che - in assenza di clausole equivoche o di significato oscuro - non può essere superato dall'opposto principio del

favor participationis

(C. Stato sez. V 6498/08).

Pertanto, ai sensi dell'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, i criteri disposti ai fini dell'integrazione documentale possono riguardare esclusivamente chiarimenti in ordine alla documentazione prodotta per sanare eventualmente mere irregolarità formali, e non la violazione di precise e chiare prescrizioni del bando, perché altrimenti verrebbe ad essere violato il principio della "

par condicio

" dei concorrenti, con conseguente inammissibile incidenza sulla sostanza e non più solo sulla forma.

IV. Con il primo motivo del ricorso per motivi aggiunti la ricorrente lamenta l'ulteriore illegittimità per eccesso di potere e sviamento, violazione e falsa applicazione dei principi di parità di trattamento,

par condicio

, proporzionalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa nonché violazione della

lex specialis

di gara.

La ricorrente, in particolare, lamenta che l'Amministrazione, da un canto, in seguito a parere legale acquisito in merito alla irregolarità dell'offerta della "P.", ha disposto, col verbale del 15 giugno di dover "... procedere (...) ad un riesame della documentazione prodotta dai concorrenti in sede di gara ai fini di una completezza di decisione, in applicazione del più generale principio di imparzialità dell'azione amministrativa. A tal fine (...) vengono rotti i sigilli apposti nel plico contenete la documentazione trasmessa dalle tre società in sede di gara..." (cfr. pag. 2), dall'altro la stessa ha invece nei fatti proceduto a tale verifica solo ed esclusivamente nei confronti della ricorrente e della ditta controinteressata, e non nei riguardi della terza concorrente, la società B. eventi.

Parte ricorrente lamenta che tale comportamento integrerebbe il vizio di eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, sviamento ed ingiustizia manifesta, perché, allorquando l'Amministrazione si autolimita nello stabilire le regole che seguirà nel procedimento, deve poi necessariamente rispettarle.

Il Collegio preliminarmente ritiene che parte ricorrente abbia evidente interesse all'accoglimento

della censura, avuto riguardo all'interesse strumentale alla rinnovazione della gara, posto che il disciplinare di gara, al punto 5 delle "avvertenze generali", ha stabilito che "...non si procederà all'aggiudicazione dell'appalto se non vi siano almeno due offerte valide...".

La sussistenza dell'interesse a ricorrere è quindi indubbia, in quanto l'Amm.ne sarebbe tenuta a disporre la riapertura della operazioni di gara; pertanto, vanno disattese le eccezioni delle Difese delle parti resistente e controinteressata, circa l'interesse a ricorrere, in quanto il concorrente escluso (per ragioni che il Collegio ritiene immuni da censura) ha dedotto un vizio idoneo a travolgere in radice la procedura ed a farla ripartire dall'ultimo atto valido, con esiti che potrebbero anche portare alla rinnovazione della gara (in ipotesi di esclusione della Società terza classificata B. eventi).

Nel merito, la censura è palesemente fondata.

Come già precisato, l'Amministrazione, pur avendo disposto, col verbale del 15 giugno, di dover "... procedere (...) ad un riesame della documentazione prodotta dai concorrenti in sede di gara ai fini di una completezza di decisione, in applicazione del più generale principio di imparzialità dell'azione amministrativa. A tal fine (...) vengono rotti i sigilli apposti nel plico contenete la documentazione trasmessa dalle tre società in sede di gara..." (pag. 2), poi, in concreto, si è limitata a procedere a tale verifica solo ed esclusivamente nei confronti della ricorrente e della ditta controinteressata, e non nei riguardi della società B. eventi.

Ora, la possibilità di rivedere in via di autotutela l'aggiudicazione provvisoria - anche riaprendo la gara in relazione all'illegittima ammissione o all'illegittima esclusione di un'impresa - si fonda sul principio costituzionale di buon andamento e di non aggravamento del procedimento; principio che impegna l'Amministrazione ad adottare gli atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire e che quindi autorizza il riesame di quelli già adottati, quando ciò sia necessario od opportuno, alla luce di un nuovo apprezzamento della fattispecie o di circostanze sopravvenute, anche al fine di prevenire successive contestazioni (T.A.R. Valle d'Aosta Aosta, sez. I, 14 maggio 2009, n. 44).

Ma essendo tale il fondamento normativo di tale fase procedimentale, risulta all'evidenza illegittimo l'operato dell'Ente che, in spregio alla autolimitazione procedimentale che la stessa amministrazione si era posta (ossia verificare tutte e due le offerte rimaste in gara), abbia disatteso le regole dalla stessa stabilite, violando altresì i più generali principi di trasparenza, ai quali l'intera attività amministrativa deve conformarsi, e di "

par condicio

", insiti nel concetto di gara stesso.

Tanto più in presenza di altra concorrente che in ipotesi poteva versare nella stessa situazione giudicata illegittima in capo alla ricorrente (dall'esame dell'offerta della terza classificata risulterebbe che neanche B. eventi aveva dichiarato " il Contratto collettivo Nazionale da applicare ai lavoratori da impiegare nel servizio di maschere e hostess...").

La fondatezza del ricorso in parte qua determina l'accoglimento del ricorso, previo assorbimento del secondo motivo del ricorso per motivi aggiunti (relativo all'illegittima

composizione della commissione di gara).

V. Sulla domanda di condanna al risarcimento danni (che la ricorrente chiede in forma specifica ovvero per equivalente, nella misura riconosciuta dalla giurisprudenza in caso di responsabilità per illegittima mancata aggiudicazione, tanto con riferimento al danno emergente quanto con riferimento al lucro cessante), va richiamato quell'orientamento giurisprudenziale (v. Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna sezione staccata di Parma n. 466/2010 del 21/10/2010; Cons. Stato, Sez. V, 12 ottobre 2004 n. 6579) secondo cui l'annullamento dell'atto e il conseguente rinnovo conforme a legge è di per sé una forma di risarcimento in forma specifica, che esclude o riduce altre forme di risarcimento.

Alla luce del superiore, condivisibile, orientamento, in simili ipotesi l'area del danno da risarcire per equivalente si riduce allora al danno emergente, nella fattispecie riconducibile alle spese per la partecipazione alla gara, che era però onere della ricorrente dimostrare, e che invece la stessa ha ommesso di allegare e provare, sicché nulla può essere a tale titolo riconosciuto (v. T.A.R. Parma n. 466/2010 cit. e Cons. Stato, Sez. V, 16 febbraio 2009 n. 842).

VI. In conclusione, il ricorso va accolto nei limiti suindicati, con conseguente annullamento in parte qua degli atti impugnati, ai fini della riapertura del procedimento di gara.

Le spese di lite seguono la soccombenza dell'Amministrazione resistente, e vengono liquidate come da dispositivo, avuto riguardo alla parziale soccombenza, mentre si ravvisa la sussistenza di giusti motivi perché, a fronte della tipologia delle questioni esaminate, se ne disponga la compensazione nei confronti della controinteressata.

P. Q. M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, e sui motivi aggiunti, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione.

Condanna il Teatro Massimo V. Bellini di Catania a rifondere al ricorrente spese ed onorari di giudizio, liquidati nella misura di euro 1.500,00, oltre IVA, CPA e rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

IL PRESIDENTE

Calogero Ferlisi

L'ESTENSORE

L'interesse strumentale

Scritto da Carmelo Anzalone

Giovedì 28 Aprile 2011 16:07 - Ultimo aggiornamento Giovedì 09 Giugno 2011 14:29

Maria Stella Boscarino

IL CONSIGLIERE

Gabriella Guzzardi

Depositata in Segreteria il 7 aprile 2011

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