

N. 00277/2009 REG.SEN.

N. 01545/2008 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 Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1545 del 2008, proposto da:
Smail s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Marinella Baschiera, con domicilio eletto presso Marinella Baschiera in Firenze, via V. Alfieri n. 19;

contro

- Estav Nord-Ovest, non costituita;
- Azienda USL 6 - Livorno, rappresentata e difesa dall'avv. Luca Cei, con domicilio eletto presso Neri Baldi in Firenze, via della Cernaia n. 31;
- Autorita' per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distr.le dello Stato e domiciliata per legge in Firenze, via degli Arazzieri n. 4;

per l'annullamento*previa sospensione dell'efficacia,*

del bando della gara indetta dall'Estav Nord-Ovest avente ad oggetto "Concessione del servizio bar e gestione dei distributori alimentari automatici all'interno del presidio ospedaliero di Livorno" e pubblicato su GUCE S143 del 25/07/2008, nonchè di tutti gli atti ad esso presupposti, consequenziali o comunque connessi ivi compresi, in particolare, il disciplinare di gara ed il Capitolato Speciale d'Appalto nonchè, ancora, per quanto occorrer possa, della deliberazione dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture del 24 gennaio 2008 (pubblicata sulla G.U. n. 23 del 28 gennaio 2008).

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda USL 6 - Livorno;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorita' per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28/01/2009 il dott. Carlo Testori e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso in epigrafe SMAIL s.r.l. ha impugnato il bando pubblicato sulla GUCE del 25/7/2008 con cui ESTAV Nord-Ovest ha indetto una gara per la concessione del servizio bar e gestione dei distributori alimentari automatici all'interno del presidio ospedaliero di Livorno. Contro tale provvedimento (nonché ulteriori atti connessi) la predetta società ha formulato molteplici censure sostenendo, in sintesi:

- che la disciplina di gara contiene prescrizioni relative alle modalità di esecuzione del servizio che impediscono la formulazione di un'offerta attendibile, in quanto comportano la non remuneratività della gestione;

- che è altresì illegittima la prescrizione relativa al pagamento del contributo in favore dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di cui all'art. 1 comma 67 della legge n. 266/2005, il cui importo è stato peraltro tardivamente indicato dalla stazione appaltante.

Per resistere al ricorso si sono costituite in giudizio l'Azienda USL n. 6 di Livorno e l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, prospettando l'inammissibilità del gravame e controdeducendo nel merito.

Nella camera di consiglio del 22 ottobre 2008 questo Tribunale, con ordinanza n. 972, ha parzialmente accolto l'istanza cautelare presentata dalla ricorrente; la Sezione Sesta del Consiglio di Stato, con ordinanza n. 6456/2008, ha accolto l'appello proposto dall'Azienda USL n. 6 di Livorno contro la citata decisione di primo grado.

La predetta Azienda e SMAIL s.r.l. hanno depositato memorie in vista dell'udienza del 28 gennaio 2009, in cui la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1) Prima di trattare, eventualmente, del merito della controversia occorre soffermarsi su due profili pregiudiziali che riguardano:

a) l'impugnabilità immediata delle clausole del bando di una gara d'appalto;

b) la necessità o meno, ai fini dell'ammissibilità del ricorso, della presentazione della domanda di partecipazione alla gara stessa.

Nell'affrontare tali questioni il Collegio non può prescindere dal tenere conto delle indicazioni nette ed inequivoche contenute nell'ordinanza n. 6456/2008 con cui la Sezione Sesta del Consiglio di Stato ha accolto l'appello contro la decisione assunta da questo TAR nella fase cautelare del presente giudizio; ciò soprattutto in considerazione

del fatto che il chiaro indirizzo espresso dal Giudice amministrativo d'appello è del tutto conforme alla linea interpretativa seguita dalla Quinta Sezione del medesimo Consiglio di Stato in ordine ai profili di cui sopra e illustrata nella recente sentenza 31 ottobre 2008 n. 5455, che a sua volta richiama la precedente 4 marzo 2008 n. 861.

Di tali decisioni è opportuno ripercorrere i passaggi fondamentali.

2) Nella sentenza n. 861/2008 la Sezione Quinta ha esaminato la questione precedentemente indicata sub b), richiamando la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 2003 laddove, facendo riferimento all'ipotesi di clausole del bando direttamente escludenti, afferma: "La presentazione della domanda di partecipazione, nell'evidenziare l'interesse concreto all'impugnazione, fa del soggetto che ha provveduto a tale adempimento un destinatario identificato, direttamente inciso del bando". In tal modo ha trovato conferma "un consolidato orientamento del giudice amministrativo, secondo cui per agire in giudizio occorre che sussista un interesse attuale e concreto all'impugnativa e nei procedimenti di gara la dimostrazione di una tale posizione differenziata rispetto alla generalità dei potenziali concorrenti non può essere data che dalla domanda di partecipazione.

Con tale domanda si dà del resto prova di avere un reale interesse all'aggiudicazione dello specifico appalto ed è proprio tale interesse, e non già quello all'astratta legittimità delle clausole del bando, che, secondo quanto chiarito dalla predetta decisione dell'Adunanza Plenaria, costituisce l'oggetto della tutela accordata dall'ordinamento". Sulla base di tali argomentazioni la citata sentenza n. 861/2008 è giunta a dichiarare inammissibile il ricorso esaminato per non aver presentato l'impresa interessata domanda di partecipazione alla gara.

3) Nella successiva sentenza n. 5455/2008 la medesima Sezione, sempre richiamandosi alla decisione A.P. n. 1/2003 e tenendo comunque presente l'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia C.E. nella decisione 12/2/2004 - C/7230/02, ha puntualizzato:

- che risultano immediatamente lesive (e dunque suscettibili di immediata impugnazione) solo le clausole del bando di gara che "riguardano i requisiti soggettivi degli aspiranti partecipanti al concorso (e non le loro offerte o le ulteriori attività connesse con la partecipazione alla gara)"; il che vale "solo per le ipotesi in cui le clausole della legge di gara, così come formulate, impediscono in maniera, oggettiva ed indiscutibile, direttamente la partecipazione alla gara";

- che "non sussiste l'onere dell'immediata impugnazione per quelle clausole del bando di gara che condizionano anche indirettamente la formulazione dell'offerta economica";

- in conclusione, che "l'impugnazione immediata delle clausole del bando è ammissibile solo in presenza di due condizioni concorrenti:

- l'impresa interessata ha presentato rituale domanda di partecipazione alla gara;
- le clausole contestate definiscono in modo puntuale i requisiti soggettivi di partecipazione, impedendo, in modo assoluto, la presenza di determinati soggetti".

Tali conclusioni sono state da ultimo ribadite dalla Quinta Sezione, con identica formulazione, nella decisione 14 gennaio 2009 n. 102.

4) Nel caso in esame la società ricorrente non ha presentato domanda di partecipazione alla gara e dunque, alla luce dell'autorevole e consolidato orientamento giurisprudenziale richiamato, si deve ritenere che non ha dimostrato un interesse concreto e attuale alla procedura selettiva di cui si controverte.

Le contestate clausole del bando, d'altra parte, se anche incidono sulla formulazione dell'offerta (riguardando l'inquadramento contrattuale del personale, nonché il numero degli addetti da impiegare nel servizio, i prezzi di vendita dei prodotti, il canone annuo minimo da corrispondere all'Azienda USL) non presentano caratteristiche "escludenti" nel senso precedentemente indicato, in quanto non impediscono in modo certo e incondizionato la partecipazione di determinati soggetti alla gara in questione. Né tali caratteristiche presenta la prescrizione relativa al pagamento del contributo in favore dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di cui all'art. 1 comma 67 della legge n. 266/2005; quanto poi al suo importo (tra l'altro di entità pressoché insignificante: 70 euro), la circostanza che esso sia stato indicato in un momento successivo rispetto alla pubblicazione del bando e solo nel disciplinare non può convincentemente essere prospettata come ostativa alla presentazione dell'offerta.

5) In relazione a quanto sopra il ricorso deve essere dichiarato inammissibile.

L'alternativo esito delle fasi cautelare e del merito giustifica la compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione I[^], definitivamente pronunciando, dichiara inammissibile il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 28/01/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Gaetano Ciccio, Presidente

Eleonora Di Santo, Consigliere

Carlo Testori, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/02/2009

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

IL SEGRETARIO