



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 Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 572 del 2011, proposto da:

Associazione Temporanea di Imprese CO.IN.E. Consorzio Stabile Infrastrutture Europee, in persona del legale rappresentante pro tempore;

GDM Holding s.p.a, in persona del legale rappresentante pro tempore;

Cordioli & C. s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore;

tutti rappresentati e difesi dall'avv. Elisabetta Mariotti, presso il cui studio ha eletto domicilio, in Milano via Domodossola n. 17;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato

Generale delle OO.PP. Lombardia e Liguria, rappresentati e difesi ex lege dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Milano presso i cui Uffici, in Milano via Freguglia n. 1, domicilia;

per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia

- del provvedimento del Provveditorato Interregionale alla OO.PP. Lombardia e Liguria prot. n. 618 datato 21.01.2011, recante l'esclusione dalla procedura ristretta per l'affidamento tramite appalto concorso, previa presentazione del progetto esecutivo in sede di offerta, dell'opera di riqualifica con caratteristiche autostradali della SP46 Rho - Monza;
- del verbale di gara di seduta pubblica del 12 e 13 gennaio 2011 ove è stata prevista l'esclusione dell'ATI;
- del disciplinare di gara a procedura ristretta per l'affidamento tramite appalto concorso, previa presentazione del progetto esecutivo in sede di offerta, dell'opera di riqualifica con caratteristiche autostradali della SP46 Rho - Monza;
- della deliberazione del 10.01.2011 di nomina della Commissione giudicatrice;
- del provvedimento di conferma dell'esclusione dalla gara;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti Provveditorato Interregionale Alle Oo.Pp. - Lombardia e Liguria;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore nella camera di consiglio del giorno 31 marzo 2011 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Considerato che, in relazione agli elementi di causa, sussistono i presupposti per l'adozione di una decisione in forma semplificata, adottata in esito alla camera di consiglio per la trattazione dell'istanza cautelare, stante l'integrità del contraddittorio, l'avvenuta esaustiva trattazione delle tematiche oggetto di giudizio, nonché la mancata enunciazione di osservazioni opposte delle parti, rese edotte dal Presidente del Collegio di tale eventualità;

Rilevato che con il ricorso in esame le società ricorrenti impugnano gli atti indicati in epigrafe relativi alla gara, da svolgere con procedura ristretta e previa presentazione del progetto esecutivo in sede di offerta, per l'affidamento dell'appalto inerente alla realizzazione dell'opera di riqualifica con caratteristiche autostradali della SP46 Rho – Monza;

Ritenuta la fondatezza del primo dei motivi proposti, che per l'incidenza su profili sostanziali presenta carattere assorbente, con il quale le ricorrenti lamentano la violazione del principio di parità di trattamento tra i concorrenti in conseguenza della omessa informazione in ordine alla data di svolgimento della prima seduta

pubblica di gara destinata all'apertura delle buste;

Ritenuto in particolare:

- che dalla documentazione prodotta (cfr. doc. 20 di parte ricorrente) emerge che l'amministrazione ha tentato di comunicare a mezzo fax all'ATI CO.I.NE. in data 10.01.2011 il giorno e l'ora in cui si sarebbe proceduto all'apertura delle buste, ma dal rapporto di verifica di trasmissione emerge che la comunicazione non è andata a buon fine in quanto l'apparecchio ricevente era "occupato"; né risultano successivi tentativi nell'intervallo temporale che precedeva la seduta pubblica di apertura delle buste fissata per la data del 12 gennaio 2011;

- che tale circostanza era immediatamente percepibile dall'amministrazione siccome emergente dalla mera lettura del rapporto di trasmissione, sicché la stazione appaltante era oggettivamente in condizione di percepire, mediante una condotta coerente con criteri di ordinaria diligenza, che l'ATI CO.I.NE. non aveva ricevuto la comunicazione della data della prima seduta pubblica della commissione di gara destinata all'apertura delle buste;

- che neppure è contestata la circostanza di fatto pure allegata dalle ricorrenti della loro mancata partecipazione alla seduta pubblica di gara finalizzata all'apertura delle buste;

- che in coerenza con i canoni di trasparenza e pubblicità che ispirano tutte le procedure di aggiudicazione, siano esse aperte o ristrette, la giurisprudenza consolidata considera che "il principio

della pubblicità delle sedute di gara per la scelta del contraente trova immediata applicazione in ogni tipo di gara, indipendentemente da un'espressa previsione da parte della lex specialis di gara, costituendo una regola generale riconducibile direttamente ai principi generali di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., almeno per quanto concerne la fase di verifica dell'integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica e relativa apertura” (tra le tante Consiglio di stato, sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856; T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 09 luglio 2008, n. 6478);

- che, in particolare, si è precisato che le procedure per l'aggiudicazione di contratti con la P.A., compresa la trattativa privata, debbono rispettare i principi di trasparenza e di adeguata pubblicità; di conseguenza, l'apertura delle buste contenenti le offerte e la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta debbono sempre avvenire in seduta pubblica, dal momento che tale adempimento rappresenta uno strumento di garanzia a tutela dei singoli partecipanti, assicurando a tutti i concorrenti di assistere direttamente alla verifica di integrità dei documenti e all'identificazione del loro contenuto (cfr. Consiglio di stato, sez. V, 10 novembre 2010, n. 8006);

- che la regola generale della pubblicità della gara, segnatamente con riguardo al momento dell'apertura delle buste implica “necessariamente l'obbligo del seggio di gara di portare preventivamente a conoscenza dei concorrenti il giorno, l'ora e il

luogo della seduta della commissione di gara, in modo da garantire loro l'effettiva possibilità di presenziare allo svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi pervenuti alla stazione appaltante, atteso che tale adempimento risulta implicitamente necessario ai fini dell'integrazione del carattere di pubblicità della seduta” (in termini Consiglio di stato, sez. V, 28 maggio 2004, n. 3471; T.A.R. Piemonte Torino, sez. II, 29 ottobre 2010, n. 3937);

- che, di conseguenza, “anche in assenza di specifiche previsioni della lex specialis, la violazione del principio di pubblicità indotta dalla mancata (o dalla tardiva) comunicazione ad uno o più concorrenti della data di svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi contenenti le offerte economiche costituisce vizio insanabile della procedura ... anche ove non sia comprovata l'effettiva lesione sofferta dai concorrenti, trattandosi di adempimento posto a tutela non solo della parità di trattamento tra gli stessi, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post” (cfr. in termini, Consiglio di Stato, sez. V, 20 marzo 2006, n. 1445; T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 20 ottobre 2010, n. 5525; T.A.R. Basilicata Potenza, sez. I, 28 marzo 2008, n. 72; T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, 26 luglio 2004, n. 1701);

- che in senso contrario non rileva il punto 13 dell'allegato IX al d.l.vo 2006 n. 163 laddove solo in relazione alle procedure aperte – cui non è riconducibile il caso di specie trattandosi di una gara

configurata dal bando come procedura ristretta di “appalto concorso” - prevede che il “bando di gara” contenga la indicazione della data, dell’ora e del luogo di apertura delle offerte, atteso che la norma in esame concerne l’individuazione del contenuto del bando, ma non esonera l’amministrazione dal dare comunicazione alle imprese partecipanti ad una procedura ristretta della data di apertura delle buste, in applicazione dei già ricordati corollari del principio di pubblicità della seduta dedicata a tale adempimento;

- che, del resto, la regola ora vista e dettata in relazione alle procedure aperte si giustifica ragionevolmente in base alla non predeterminabilità del numero dei partecipanti alla gara, sicché ragioni di economia processuale rendono necessaria la predeterminazione della data della seduta pubblica già nel bando di gara, mentre tale esigenza non sussiste nelle procedure ristrette che prevedono una fase intermedia di invito;

- che, parimenti, non rileva la circostanza – eccepita dalla difesa dell’amministrazione - che in generale il fax sia uno strumento che garantisce una sufficiente certezza circa l’esito della trasmissione, incombando la prova contraria in ordine alla funzionalità dell’apparecchio sul soggetto che lamenti la mancata ricezione del messaggio;

- che difatti il principio ora richiamato vale nelle ipotesi in cui alla stazione appaltante risulti che la trasmissione via fax è andata a buon fine, ma ciò nonostante il destinatario lamenti la mancata ricezione

per malfunzionamento dello strumento tecnico;

- che, viceversa, nel caso di cui si tratta è proprio il rapporto di trasmissione ad evidenziare che la comunicazione effettuata dall'amministrazione non è andata a buon fine, per una ragione indipendente dal corretto funzionamento del macchinario e a fronte di tale situazione era onere della stazione appaltante di reiterare l'invio della comunicazione sino ad ottenere un rapporto positivo;

- che, in definitiva, l'amministrazione, non tenendo conto del mancato invio del fax al destinatario - emergente direttamente dal contenuto del rapporto di trasmissione - ha omesso di dare comunicazione all'ATI CO.I.NE della data, dell'ora e del luogo di svolgimento della seduta pubblica destinata all'apertura dei plichi, in violazione dei richiamati principi, comunitari e interni, di necessaria pubblicità e trasparenza di tale fase della procedura, con conseguente fondatezza della censura in esame, il cui carattere assorbente e determinante il travolgimento dell'intera procedura consente di prescindere dall'esame delle ulteriori doglianze articolate nel ricorso;

- che, pertanto, il ricorso è fondato e deve essere accolto, mentre le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando accoglie il ricorso e per l'effetto annulla il provvedimento di esclusione indicato in epigrafe.

Condanna l'amministrazione resistente al pagamento delle spese processuali che liquida in complessivi Euro 5.000,00 (cinquemila).

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 31 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Stefano Celeste Cozzi, Referendario

Fabrizio Fornataro, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/04/2011

IL SEGRETARIO

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