



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 il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 60 e 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 365 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Onoranze Funebri di Di Luca Serra Snc, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Cosimo D'Alessandro, con domicilio eletto presso Cosimo D'Alessandro in Trieste, via Fabio Severo 19;

contro

Comune di Lignano Sabbiadoro, in persona del Sindaco legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Filippo Pesce, con domicilio eletto presso Teresa Billiani Avv. in Trieste, via Martiri della Liberta' 13;

nei confronti di

Onoranze Funebri Duomo;

per l'annullamento

Quanto al ricorso introduttivo:

- 1) della determinazione N. 542 dd. 24.05.2011 adottata dal caposettore lavori pubblici del Comune di Lignano e comunicata via fax il 30.06.2011, nonchè di tutti gli atti consequenziali, nonchè
- 2) per la condanna dell'amministrazione resistente ad aggiudicare alla ricorrente la gestione dei servizi cimiteriali del Comune di Lignano e in via subordinata al risarcimento dei danni ;

Quanto ai motivi aggiunti depositati in data 20.9.2011:

- 1) della determinazione n. 333 dd. 11.4.2011 adottata dal caposettore lavori pubblici del Comune di Lignano e depositata in giudizio il 26.8.2011, nonchè di tutti gli atti presupposti e consequenziali;
- 2) della lettera di invito dd. 8.6.2011 per l'affidamento dei servizi cimiteriali di seppellimento e recupero salme nel territorio comunale mediante cottimo fiduciario ai sensi dell'art. 125, co. 11, del D.Lgs. 167/06 e succ. mod., depositato in giudizio il 30.8.2011

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Lignano Sabbiadoro;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2011 il dott. Guglielmo Passarelli Di Napoli e uditi per le parti i difensori

come specificato nel verbale;

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

PREMESSO che nella fattispecie ricorrono i presupposti di cui all'articolo 120 d.lgs. 104/2010; accertata l'integrità del contraddittorio;

RILEVATO che la parte ricorrente premetteva di aver partecipato alla gara per l'affidamento dei servizi cimiteriali di seppellimento e recupero salme nel territorio comunale, indetta dall'Amministrazione con determinazione n. 333 dell'11.04.2011;

che tale gara, come si evince dalla lettera di invito inviata alla ricorrente prot. n. 14107 del 12.04.2011, sarebbe stata aggiudicata in base al criterio del prezzo più basso dell'importo a base d'asta, ex art. 82 co. 2 lett. a) del d.lgs. 163/2006;

che, ancora, in tale lettera veniva precisato che sarebbero state escluse le offerte in aumento rispetto all'importo complessivo posto a base di gara, condizionate, per telegramma, per fax, espresse in modo indeterminato e con riferimento ad altra offerta propria o altrui, pervenute o presentate dopo il termine stabilito per la ricezione delle offerte; ovvero per le quali risultasse mancante, irregolare, incompleta anche parzialmente la documentazione e le dichiarazioni richieste in sede di gara; nonché quelle per le quali l'offerta economica non fosse contenuta nell'apposita busta sigillata e controfirmata sui lembi di chiusura;

che, sempre nella medesima lettera di invito, veniva stabilito l'importo a base di gara di euro 7.810 oltre euro 590 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso oltre IVA come per legge;

che, sempre nella medesima lettera di invito, veniva stabilito che l'Amministrazione si riservava, a proprio insindacabile giudizio e senza obbligo di motivazione, la facoltà di non aggiudicare la gara, e che in tal caso i concorrenti non avrebbero potuto avanzare pretese risarcitorie, a qualsiasi titolo;

che alla gara partecipava anche la Onoranze Funebri Duomo di Perissinotto Claudio & co. s.n.c., esclusa per non aver presentato l'allegato 2 del socio Pelandra Renato;

che l'Amministrazione decideva di non aggiudicare la gara, ritenendo l'offerta economica presentata dalla ricorrente non idonea, atteso che i prezzi offerti risultavano ampiamente e senza alcuna possibilità di giustificazione al di sotto dei valori di remunerazione del personale impiegato a svolgere il servizio;

di aver saputo, per puro caso e dopo la comunicazione di tale provvedimento, che l'Amministrazione aveva indetto una nuova gara per l'affidamento del medesimo servizio, senza invitare la ricorrente;

di aver pertanto inviato alla ricorrente, in data 12.07.2011, un invito ad annullare l'atto impugnato in sede di autotutela, con contestuale avviso che si sarebbe proposto un ricorso giurisdizionale;

che l'Amministrazione non solo non provvedeva in tal senso, ma bandiva una nuova gara, senza invitare la ricorrente;

che pertanto la parte ricorrente impugnava tali provvedimenti, ritenendoli illegittimi per i seguenti motivi: 1) violazione dell'art. 82 co. 2 lett. a), in relazione agli artt. 125 e 86, del d.lgs. 163/2006, atteso che nell'art. 2 del capitolato speciale d'appalto allegato alla lettera di invito, si legge che l'importo annuo presunto del servizio è pari a euro 7.810 oltre euro 590 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso oltre IVA come per legge, calcolato su: 20 inumazione; 30 tumulazioni; 5 estumulazioni ordinarie; 1 recupero salme nel territorio comunale; tuttavia, nell'elenco prezzi allegato alla lettera d'invito venivano indicati anche ulteriori servizi, ed in particolare: un servizio di tumulazione di feretro in loculo previa estumulazione ordinaria di altra salma presente nel loculo stesso; un servizio di tumulazione di cassetta contenente resti mortali; un servizio di esumazione ordinaria con raccolta di resti mortali; un servizio di spostamento di feretro; pertanto, vi è discordanza sui servizi oggetto dell'appalto, perché nella lettera di invito sono previsti 4 servizi, mentre nell'elenco prezzi sono previsti 9 servizi per un importo di euro 8.900; 2) carenza di motivazione, atteso che dalla motivazione dell'Amministrazione non si evince in alcun modo perché i prezzi offerti dalla ricorrente risultassero "ampiamente e senza alcuna possibilità di giustificazione al di sotto dei valori di remunerazione del personale impiegato a svolgere il servizio"; i prezzi offerti sono in realtà ampiamente remunerativi; 3) violazione dell'art. 86 d.lgs. 163/2006, atteso che, nel caso di specie, l'esclusione automatica

dell'offerta sospetta di anomalia non poteva essere disposta, non potendo operare il criterio di cui all'art. 86 co. 1 (avendo partecipato alla gara solo due imprese, una delle quali esclusa), sicché occorre procedere alla verifica in contraddittorio dell'anomalia; 4) la decisione di non aggiudicare, rimessa all'insindacabile ed immotivato giudizio dell'Amministrazione, è in contrasto con i principi di correttezza e buona fede; 5) la ricorrente ha chiesto di poter partecipare alla nuova gara, il che esclude ogni acquiescenza al provvedimento impugnato;

nonché per i seguenti motivi aggiunti: 1) l'Amministrazione avrebbe potuto, trattandosi di servizio di importo inferiore ai 20.000 euro, affidarlo direttamente ai sensi dell'art. 125 co. 11; invece ha scelto di indire una gara ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 82 lett. a) e 125 co. 11 d.lgs. 163/2006; ciò fatto, l'Amministrazione avrebbe dovuto rispettare le regole che essa stessa si era data, non potendo liberamente ed immotivatamente cambiare le proprie scelte una volta esercitata la propria discrezionalità; il comportamento della p.a. è stato in contrasto con i principi di correttezza e buona fede; non è stata valutata l'intrinseca contraddittorietà tra il capitolato d'appalto, la lettera di invito e l'elenco prezzi; la decisione di non aggiudicare, rimessa all'insindacabile ed immotivato giudizio dell'Amministrazione, è in contrasto con i principi di correttezza e buona fede; 2) è ormai certo che l'Amministrazione ha deciso di bandire una nuova gara per il medesimo servizio, senza invitare la

ricorrente, ciò che è in palese violazione dei principi di non discriminazione e di parità di trattamento;

che l'Amministrazione eccepiva che non vi è alcuna contraddizione quanto ai servizi oggetto di appalto, atteso che la lettera di invito fa riferimento al capitolato speciale, in cui sono descritti i 9 servizi indicati anche nell'elenco prezzi; l'Amministrazione, come precisato, ben poteva non aggiudicare la gara a proprio insindacabile giudizio, ciò che esclude l'obbligo di motivazione; comunque, i prezzi offerti dalla ricorrenti sono risultati inattendibili, ciò che costituisce motivazione del tutto sufficiente; è infondato anche il motivo concernente l'omessa attivazione del sub procedimento di verifica in contraddittorio dell'anomalia, atteso che si è proceduto ex art. 125 d.lgs. 163/2006 (procedure in economia, vale a dire una procedura negoziata in cui è sufficiente il rispetto dei principi generali, tra i quali non si può comprendere anche l'obbligo di procedere in contraddittorio con l'impresa alla verifica dell'anomalia dell'offerta: Tar Puglia, Bari, I, 1942/2009), inoltre, al caso di specie appare applicabile la disciplina di cui all'art. 30 (trattandosi, in sostanza, di una concessione di servizi) sicché pure non risulta applicabile la disciplina di cui all'art. 88 d.lgs. 163/2006 (Tar Umbria, I, 26/2010; Tar Sicilia, Palermo, I, 232/2010); la disposizione del bando in cui l'Amministrazione si è riservata la facoltà di non aggiudicare la gara a proprio insindacabile giudizio non è stata oggetto di impugnazione; il silenzio inadempimento, infine, non è configurabile in caso di

procedura ex art. 125 d.lgs. 163/2006;

che, quanto ai motivi aggiunti, il Comune ribadiva la tardività dell'impugnazione della determinazione n. 333 dell'11.04.2011, ben conosciuta sin dalla comunicazione della determinazione n. 542/2011 (cioè dal 30.06.2011), né vale in contrario osservare che tale atto è divenuto lesivo solo successivamente: tale atto doveva essere impugnato, quanto meno, con il ricorso introduttivo; e che aveva deciso di non invitare la ricorrente alla nuova gara, a causa del comportamento tenuto dalla stessa nella gara precedente, in cui era stata formulata un'offerta palesemente inattendibile;

CONSIDERATO che il ricorso è manifestamente fondato, atteso che la clausola del bando con cui l'Amministrazione si è riservata la facoltà di non aggiudicare la gara a proprio insindacabile giudizio è da ritenere illegittima, occorrendo, per costante giurisprudenza, il rispetto dei principi di correttezza e buona fede, nonché l'obbligo di motivare tale scelta (Tar Lazio, Roma, II, n. 8975/2010; Tar Sardegna, I, n. 2167/2010; in particolare, si segnala Tar Campania, VIII, n. 555/2010, secondo cui "La partecipazione alla gara evidenzia e qualifica la posizione del concorrente che vi è ammesso, cosicché non può ragionevolmente escludersi una qualsiasi tutela a fronte degli eventuali ripensamenti dell'Amministrazione: l'interesse all'aggiudicazione (che costituisce l'obiettivo finale di ciascun concorrente) ha un suo corollario nell'interesse allo svolgimento e alla definizione della procedura, secondo le regole fissate dalla lex

specialis. In tale caso, la discrezionalità dell'Amministrazione, seppure notevolmente ampia, non è dunque senza limiti né è del tutto sottratta al sindacato di legittimità”);

che, inoltre, non si può condividere l'assunto del Comune, in forza del quale la clausola avrebbe dovuto essere immediatamente impugnata; deve infatti ritenersi che la clausola abbia assunto carattere lesivo degli interessi della ricorrente solo nel momento in cui essa si è classificata al primo posto nella graduatoria provvisoria; giova ricordare, al riguardo, che tale clausola è stata impugnata con il ricorso introduttivo, in cui una censura riguarda, specificamente, per l'appunto tale clausola;

che, inoltre, la scarna motivazione offerta dall'Amministrazione sulla non congruità dell'offerta appare insufficiente, anche alla luce delle argomentate osservazioni di parte ricorrente, sulla assunta discordanza sui servizi oggetto dell'appalto, perché nella lettera di invito sono previsti 4 servizi, mentre nell'elenco prezzi sono previsti 9 servizi per un importo di euro 8.900;

che appare fondato anche il primo dei motivi aggiunti, atteso che – se è vero che l'Amministrazione avrebbe potuto, trattandosi di servizio di importo inferiore ai 20.000 euro, affidarlo direttamente ai sensi dell'art. 125 co. 11 - invece ha scelto di indire una gara, e solo nel momento in cui ha accertato che la società ricorrente si è classificata al primo posto ha deciso di non aggiudicare la gara e di bandire una nuova procedura a cottimo fiduciario, senza invitare la

ricorrente; il comportamento della p.a. è pertanto da in contrasto con i principi di correttezza e buona fede, anche alla luce della motivazione successivamente data, negli atti difensivi, circa il mancato invito (si assume che la ricorrente non sarebbe stata invitata perché l'offerta presentata nella gara precedente era inattendibile; ma appare evidente che tale motivazione è illogica, atteso che l'aver presentato un'offerta non congrua in una gara precedente non significa affatto che l'impresa continuerà a presentare un'offerta incongrua anche in una gara successiva);

che la domanda risarcitoria può essere accolta, limitatamente alle spese sostenute e documentate di partecipazione alla procedura indetta con determinazione n. 333 dell'11.04.2011, atteso l'obbligo dell'Amministrazione di procedere all'indizione di una nuova procedura;

CHE le spese processuali vanno poste a carico della parte soccombente e si liquidano come in dispositivo;

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, disattesa e respinta ogni diversa istanza, domanda, deduzione ed eccezione, così provvede:

1. Accoglie il ricorso n. 365 dell'anno 2011 e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati;
2. Accoglie la domanda di risarcimento dei danni, limitatamente alle spese sostenute e documentate di partecipazione alla procedura indetta con determinazione n. 333 dell'11.04.2011;

3. Condanna l'Amministrazione a rifondere alla parte ricorrente le spese del presente giudizio, che liquida in complessivi € 2.500, oltre il contributo unificato ed oltre I.V.A., C.N.A.P. e rimborso spese generali, come per legge.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Rita De Piero, Consigliere

Guglielmo Passarelli Di Napoli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/09/2011

IL SEGRETARIO

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