



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 Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1560 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Cooperativa Europa Servizi a rl, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Caricato, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Nicola Stefanizzo in Lecce, via G.A. Ferrari 5;

contro

Comune di Taranto, rappresentato e difeso dall'avv. Donato Pascarella, elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Gianluca D'Oria in Lecce, via Nazario Sauro,14;

nei confronti di

Consorzio Thesis, rappresentato e difeso dagli avv. Junio Valerio D'Amico, Donato Lettieri, elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Alessandra Salvatore in Lecce, via Monte San Michele 10;

per l'annullamento

- della Determina n. 148 del 9 agosto 2011 del Dirigente del Servizio Appalti e Contratti del Comune di Taranto, ricevuta in data 25 agosto 2011;
 - della nota prot. n. 124289 del 19 agosto 2011 a cura della Direzione del Servizio Appalti e Contratti;
 - della nota prot. n. 33707 dell' 1 marzo 2011 della Direzione Pubblica Istruzione, Cultura, Spettacolo e Sport;
 - della Determina n. 319/2010 del Dirigente del Servizio Appalti e Contratti del Comune di Taranto;
 - della nota prot. n. 180270 del 15 novembre 2010 a cura della Direzione del Servizio Appalti e Contratti;
 - del Verbale n. 1 del 19 ottobre 2010, n. 2 del 21 ottobre 2010 e n. 3 del 11 novembre 2010;
- nonchè, in via subordinata, per il risarcimento dei danni come da conclusioni;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Taranto e del Consorzio Thesis;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2012 la dott.ssa Patrizia Moro e uditi nei preliminari l'avv. Caricato per la ricorrente, l'avv. Misserini, in sostituzione dell'avv. Pascarella per il Comune e

l'avv. Salvatore, in sostituzione dell'avv. D'amico, per il controinteressato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Taranto, con bando pubblicato sulla G.U. dell'Unione Europea, ha posto in gara il servizio di presidiamento/custodia e pulizia dei nove asili nido e delle tre scuole di infanzia comunali per la durata di tre anni scolastici.

Con il ricorso all'esame la ricorrente impugna gli atti epigrafati relativi alla suindicata procedura di gara deducendo le seguenti censure:

I) Violazione art. 38 lett. C del C.d.A. – Violazione art. 46 e 47 DPR 445/2000 – violazione art. 2 lett. a. 3 del disciplinare di gara – punto 6 – Eccesso di potere: violazione del giusto procedimento – erroneità nei presupposti di fatto e diritto.

II) Violazione art. 3 lett. A. 6 del disciplinare – sotto altro profilo laddove il medesimo prescrive che la dichiarazione sostitutiva da rendersi nella forma dell'assunzione della diretta responsabilità civile e penale debba esser resa anche dai soggetti cessati dalle cariche ivi descritti.

III) Violazione del disciplinare art. 2 lett. a. 5) dichiarazione sostitutiva.

IV) Violazione art. 5 L. 12 marzo 1999 n. 68 – Violazione art. 2 punto A. 3 del disciplinare laddove si impone di dichiarare la

posizione dell'azienda nei confronti della normativa in tema di obbligatorietà delle assunzioni – Eccesso di potere – perplessità.

V) Violazione art. 2 lett. A. 6) laddove la dichiarazione sostitutiva ivi prevista è stata sottoscritta solo dal legale rappresentante del consorzio e non anche dalla consorziata indicata come effettiva esecutrice dei servizi per i quali si è concorso.

VI) Violazione del disciplinare art. 3 (offerta economica) n. 1 – violazione del disciplinare art. 3 (offerta economica) n. 2 –Eccesso di potere travisamento – erroneità – violazione delle regole che impongono di non sottoporre a ribasso gli oneri relativi alla sicurezza.

VII) Violazione art. 3 L. 241/1990 – art. 87 e 88 C.d.A. – Eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione – omessa istruttoria – incongruità.

VIII) Violazione del C.C.N.L. di comparto vigente e tabelle ministeriali – costo orario del lavoro – Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione nella verifica delle giustificazioni – inesistenza dei presupposti di fatto e di diritto nelle stesse – violazione delle regole che sovrintendono al giusto procedimento – evidente contraddittorietà – ingiustizia manifesta.

IX) Violazione art. 87 comma 3 laddove sancisce la non ammissibilità delle giustificazioni in relazione ai trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge – violazione del c.c.n.l. di comparto vigente e tabelle

ministeriali – costo orario del lavoro – Eccesso di potere per difetto d'istruttoria e di motivazione nella verifica delle giustificazioni – inesistenza dei presupposti di fatto e di diritto nelle stesse – loro illogicità manifesta – violazione delle regole che sovrintendono al giusto procedimento – evidente contraddittorietà – ingiustizia manifesta sotto altro profilo.

X) Violazione art. 42 c.c.n.l. di comparto (all.27) – violazione art. 87 comma 3 laddove sancisce la non ammissibilità delle giustificazioni in relazione ai trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge – violazione del c.c.n.l. di comparto vigente e tabelle ministeriali – costo orario del lavoro – Eccesso di potere per difetto d'istruttoria e di motivazione nella verifica delle giustificazioni – inesistenza dei presupposti di fatto e di diritto nelle stesse – loro illogicità manifesta – violazione delle regole che sovrintendono al giusto procedimento – evidente contraddittorietà – ingiustizia manifesta sotto altro profilo.

1.1. Successivamente alla notifica del ricorso la ricorrente ha avanzato istanza di accesso agli atti di gara, alla quale l'Amministrazione ha risposto che, al fine di riscontrare la richiesta, doveva effettuare le verifiche del caso in quanto in data 28 maggio la struttura era stata oggetto di intrusione perpetrata ad opera di ignoti.

A seguito di ciò la ricorrente proponeva motivi aggiunti depositati in data 3 novembre 2011 avverso i medesimi atti già impugnati con il ricorso principale deducendo le seguenti ulteriori censure:

XI) Violazione del principio del buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa- Violazione del principio di segretezza delle offerte – violazione della par condicio tra i concorrenti.

1.2. Nel corso del giudizio, sia il Comune di Taranto, sia il controinteressato Consorzio Thesis si costituivano depositando memorie e insistendo per la reiezione del ricorso.

Nella pubblica udienza del 26 gennaio 2012 la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

2. Deve in primo luogo essere esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dalla difesa del Consorzio Thesis rilevando quest'ultima l'irregolarità della notifica del ricorso originario non risultando giunto, a suo dire, a destinazione.

L'eccezione è infondata.

Invero, nella specie, il ricorrente ha notificato, in data 11 novembre al Consorzio Thesis i motivi aggiunti con i quali, oltre a riproporre le medesime censure già dedotte nel ricorso principale, ha altresì dedotto ulteriori censure.

A seguito di ciò il controinteressato si è costituito in giudizio in data 28 novembre 2011.

Deve rilevarsi che la notifica dei motivi aggiunti ripropositivi, fra le altre, delle censure rassegnate nel ricorso principale, risulta tempestivamente avvenuta anche con riferimento agli atti impugnati con il ricorso principale (in particolare, determina del 9 agosto 2011

n. 148 di aggiudicazione definitiva della gara al Consorzio Thesis), sicchè tale atto ben può assolvere la funzione di atto introduttivo del giudizio.

A ciò aggiungasi che l'art. 44 del c.p.a., al 3° comma prevede espressamente che "la costituzione degli intimati sana la nullità della notificazione del ricorso".

Nel caso di specie è innegabile la costituzione del Consorzio controinteressato, attesa la produzione, da parte del medesimo, di una memoria difensiva che esplicitamente si riferisce alle contestazioni contenute nel ricorso principale stesso.

2.1. Effettuata tale precisazione può ora passarsi ad esaminare il ricorso principale e i motivi aggiunti.

All'uopo, deve preliminarmente rilevarsi che la ricorrente ha richiesto l'accesso agli atti dei verbali delle sedute riservate dedicate alla verifica della congruità dell'offerta dell'aggiudicataria, nonché dei documenti prodotti dall'aggiudicataria in sede di gara tra i quali le referenze bancarie e l'attestato dei lavori che il Consorzio Thesis ha dichiarato di aver eseguito.

A tale istanza la P.A. non ha dato riscontro in quanto "la struttura è stata oggetto, fra le altre, di intrusione perpetrata ad opera di ignoti".

Tale circostanza consente al Collegio di richiamare i principi già espressi dalla Sezione in un caso analogo, con sentenza n. 818/2011 (peraltro richiamata dalla stessa ricorrente) con la quale, preso atto della mancanza, agli atti della procedura, di un determinato decisivo

documento, “tale mancanza, di cui è allo stato ignota la causa, oltre a precludere attualmente ogni possibilità di verifica sul documento medesimo, determina anche, e soprattutto una situazione di obiettiva incertezza sulla complessiva custodia degli atti di gara.

In tale contesto, dunque, deve ritenersi condivisibile l'indirizzo interpretativo secondo cui l'integrità dei plichi contenenti le offerte delle imprese partecipanti costituisce un elemento sintomatico della segretezza delle stesse e della par condicio di tutti i concorrenti, elementi che, a loro volta, servono ad assicurare il rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità cui deve conformarsi l'azione amministrativa.

Le misure di cautela relative alla conservazione dei plichi sono volte a salvaguardare la possibilità, e non l'effettività, della manomissione.

Pertanto è sufficiente che vi sia la prova in atti che la documentazione di gara sia rimasta esposta al rischio di manomissione per ritenere invalide le operazioni di gara, non potendosi porre a carico dell'interessato l'onere di provare che vi sia stato in concreto l'evento che le misure cautelari intendono prevenire (Consiglio Stato, V, 16 marzo 2011, n. 1617).

Le considerazioni appena richiamate discendono, in definitiva, dalla stessa ratio che sorregge e giustifica il ricorso alla gara pubblica, in quanto l'integrità dei plichi contenenti le offerte delle imprese partecipanti è uno degli elementi sintomatici della segretezza delle stesse e della par condicio di tutti i concorrenti, assicurando il

rispetto dei principi, consacrati dall'art. 97 cost., di buon andamento e imparzialità cui deve conformarsi l'azione amministrativa. (Consiglio Stato, V, 20 marzo 2008, n. 1219): non è dunque percorribile, in parte qua, l'indirizzo giurisprudenziale che assegna alla mancanza delle su citate cautele un ruolo indiziario rispetto alla dimostrazione di elementi che facciano dubitare della corretta conservazione, venendo in considerazione in tali circostanze una fattispecie di pericolo e non una fattispecie di danno.

È sufficiente che dalle risultanze processuali emerga che, per inosservanza di norme precauzionali, la documentazione di gara sia rimasta esposta al rischio di manomissione per ritenere invalide le operazioni di gara, senza che a carico dell'interessato possa configurarsi un onere -del resto impossibile da adempiere- di provare un concreto evento di danno (Consiglio Stato, V, 21 maggio 2010, n. 3203).

Nel caso in esame, peraltro, a ben vedere, per un verso l'evento di danno deve reputarsi consumato, posto che la manomissione, se non altro involontaria o comunque accidentale, è testimoniata dalla mancanza del documento e, per altro verso, tale mancanza crea obiettive incertezze sulle modalità di custodia degli atti della gara, riferibili alla incompletezza delle relative attestazioni nei verbali della selezione (in specie con riguardo al periodo successivo all'aggiudicazione provvisoria, e, soprattutto, al dato dell'attuale mancanza di un documento decisivo, dato rilevante in senso

obiettivo (a prescindere dalle, allo stato sotto nessun profilo emergenti, responsabilità dell'Amministrazione, e dal valore fidefaciente dei verbali, posto che tale mancanza, in ogni caso, preclude ad oggi qualunque controllo sui contenuti delle dichiarazioni mancanti).

I rilievi appena esposti, dunque, comportano l'invalidità delle operazioni di gara (Consiglio Stato, V, 16 marzo 2011, n. 1617)".

Inoltre, il carattere della causa d'invalidità riscontrata dal Collegio è tale da risultare assorbente di ogni altra questione, posto che, determinatasi una situazione di incertezza sulle modalità di custodia dei plichi, e, per l'effetto, sulla genuinità e completezza di tutti gli atti della procedura, la stessa ne risulta invalidata senza che vi sia lo spazio per ulteriori verifiche, la cui attendibilità sarebbe comunque, almeno astrattamente, compromessa dai dubbi sulla integrità dei documenti di gara.

2.2. A ciò aggiungasi che nel processo amministrativo il giudice non è vincolato dall'ordine impresso dalla parte ricorrente alla trattazione dei motivi di doglianza, in quanto, pur dovendo l'attore determinare l'ambito e i limiti della cognizione sulla legittimità del provvedimento amministrativo definendo, con i motivi e le loro argomentazioni, le ragioni per le quali ne chiede l'annullamento, tuttavia spetta al giudice, sulla base della valutazione delle priorità logiche e del principio di economia processuale, individuare l'ordine nel quale le censure vanno esaminate, tenendo conto della loro consistenza

oggettiva e della relazione fra le stesse esistente, indipendentemente dalla richiesta delle parti (Cons.Stato, VI Sez., 27 maggio 2003 n. 2958; 5 settembre 2002 n. 4487; 8 febbraio 2001 n. 551; V Sez., 29 ottobre 1992 n. 1095).

Da ciò consegue che, indipendentemente dall'ordine delle doglianze posto dalla ricorrente, il Collegio ritiene prevalente e assorbente quelle inerente l'invalidità della gara per le violazioni sopra enunciate.

2.3. A ciò aggiungasi che la ricorrente non ha fornito la c.d. prova di resistenza, risultando la sua offerta giudicata non congrua dalla stazione appaltante con determina dirigenziale del 15 novembre 2010 e non avendo la stessa fornito la prova contraria.

Secondo la costante giurisprudenza amministrativa, in presenza di controversie aventi per oggetto selezioni pubbliche non può prescindersi dalla verifica della c.d. prova di resistenza, con riferimento alla posizione della parte ricorrente rispetto alla procedura selettiva le cui operazioni sono prospettate come illegittime, dovendosi dichiarare inammissibile il gravame, allorquando, in esito a una verifica prognostica, risulti che la parte ricorrente non otterrebbe il bene della vita ambito, in ipotesi di accoglimento della domanda. (T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 09 novembre 2010 , n. 7211).

Anche in materia di gare difatti si è ritenuto con orientamento condivisibile l'inammissibilità del ricorso per il quale non venga fornita la c.d. prova di resistenza ossia che, in mancanza delle

illegittimità denunciate, la ricorrente avrebbe vinto la gara. (Consiglio Stato , sez. VI, 05 ottobre 2010 , n. 7300)

2.4. Tale circostanza, oltre ad aver consentito al Collegio di esaminare in via principale la censura inerente l'invalidità della procedura di gara, non avendo la ricorrente fornito la prova di poter conseguire il bene della vita costituito dall'aggiudicazione, risulta rilevante anche sotto il profilo risarcitorio, risultando l'unico interesse della stessa spostatosi verso la possibilità di partecipare a una nuova procedura comparativa soddisfatto dall'annullamento delle operazioni di gara.

Non può pertanto trovare accoglimento ogni diversa istanza risarcitoria.

3. Conclusivamente, il ricorso nei limiti innanzi indicati, deve essere accolto.

3.1. Sussistono giustificati motivi, anche in considerazione del parziale accoglimento del ricorso, per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- lo accoglie nei sensi e limiti di cui in motivazione.
- dichiara l'inefficacia del contratto stipulato tra il Comune di Taranto e il Consorzio Stabile Thesis a far data dalla pubblicazione

della presente decisione.

- compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Ettore Manca, Consigliere

Patrizia Moro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/02/2012

IL SEGRETARIO

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