



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 staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

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

sul ricorso numero di registro generale 1059 del 2010, proposto da:

Enel Rete Gas Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Cesare Caturani, Giuseppe De Vergottini e Roberto Manservisi, con domicilio eletto presso Michele Bonetti in Brescia, via V. Emanuele II, n. 1;

contro

Comune di Porto Mantovano, rappresentato e difeso dagli avv.ti Daniela Vallario e Sara Badari, con domicilio eletto presso Giovanni Onofri in Brescia, via Ferramola, 14;

nei confronti di

Tea Sei Servizi Energetici Integrati Srl, A.Se.P. Spa, rappresentate e difese dagli avv.ti Chiara Ghidotti, Ermes Coffrini e Marcello Coffrini, con domicilio eletto presso Chiara Ghidotti in Brescia, via Solferino, 55;

Comune di San Giorgio di Mantova, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- della determinazione del Comune di Porto Mantovano n. 395 del 3 luglio

2010, comunicata in data 6 luglio 2010, di aggiudicazione definitiva a favore del costituendo R.T.I. composto da TEA SEI Servizi Energetici Integrati s.r.l. e A.SE.P. s.p.a. della procedura per l'affidamento in concessione del servizio pubblico di distribuzione del gas naturale sui territori dei Comuni di Porto Mantovano e San Giorgio di Mantova;

- di tutti gli atti della procedura ed in particolare della delibera del Consiglio comunale di Porto Mantovano n. 3 del 15 febbraio 2010, del disciplinare di gara allegato alla determinazione del R.U.P. n. 168 del 13 marzo 2010, dei verbali delle sedute di gara, in particolare delle sedute riservate del 1 giugno 2010 e del 10 giugno 2010 nelle quali si è svolta, rispettivamente, la valutazione dei progetti tecnico-gestionali presentati da Enel Rete Gas s.p.a. e dal raggruppamento aggiudicatario;

nonché, in via subordinata,

- della determinazione del Comune di Porto Mantovano n. 293 del 12 maggio 2010, di nomina della commissione giudicatrice della procedura in parola;

e per la declaratoria

- dell'inefficacia del relativo contratto ove, medio tempore, stipulato e per il risarcimento del danno conseguente all'emanazione degli atti impugnati, in forma specifica o, in via subordinata, per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Porto Mantovano e di Tea Sei Servizi Energetici Integrati Srl e di A.Se.P. Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Tea Sei Srl Servizi Energetici Integrati in proprio e in A.T.I. con A.Se.P. Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Ermes Coffrini, Chiara Ghidotti, Marcello Coffrini, con domicilio eletto presso Chiara Ghidotti in Brescia, via Solferino, 55;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 ottobre 2010 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

1. Visto l'art. 120, sesto comma, e l'art. 60, dallo stesso richiamato, del d. lgs.

2 luglio 2010, n. 104, che consentono al giudice amministrativo, adito in sede cautelare, di definire il giudizio con "sentenza succintamente motivata", ove la causa sia di agevole definizione nel rito o nel merito;

2. Sentite le parti presenti, le quali non hanno manifestato l'intenzione di proporre motivi aggiunti, regolamento di competenza o di giurisdizione;

3. Esaminato in via preliminare il ricorso incidentale notificato dalla controinteressata, in quanto avente natura paralizzante:

3.1. A tale proposito si rende necessario puntualizzare che lo stesso tende ad escludere l'interesse attuale e concreto della ricorrente principale alla pronuncia, in quanto l'offerta della stessa non avrebbe potuto essere ammessa (e lo è stata, quindi, erroneamente) a causa dell'inidoneità del certificato DURC prodotto in data successiva alla scadenza dei suoi effetti.

3.2. La questione sottoposta all'attenzione del Collegio trae origine dalla dubbia formulazione dell'art. 39 septies del D.L. 30 dicembre 2005, n. 273 (convertito in legge 51/06), da leggersi in combinato disposto con l'art. 1 del decreto del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale del 27 ottobre 2007, che ha esteso l'obbligo del DURC a carico dei datori di lavoro e lavoratori autonomi "nell'ambito delle procedure di appalto di opere, servizi e forniture pubblici e nei lavori privati dell'edilizia". Il successivo art. 7 del medesimo decreto specifica, altresì, con riguardo al solo settore degli appalti privati, che il DURC ha validità trimestrale.

Secondo la ricorrente incidentale, quindi, per tutti gli appalti pubblici il DURC avrebbe validità mensile, con la conseguenza che il documento riportante la data dell'1 aprile 2010 e riferito alla regolarità accertata il 26 febbraio 2010 non poteva ritenersi ancora valido alla data di presentazione (7 maggio 2010).

3.3. La conclusione non può essere condivisa. Il Collegio ritiene maggiormente apprezzabile la tesi interpretativa di cui alla decisione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici n. 1 del 2010 e fatta propria dal competente Ministero del Lavoro e delle politiche sociali nella recente circolare interpretativa n. 35 del 2010 recante data dell'8 ottobre 2010. Secondo quest'ultimo la norma deve essere letta, anche in un'ottica di semplificazione e speditezza delle procedure di gara, nel senso di ritenere estensibile a tutti gli appalti pubblici quella validità trimestrale che è stata espressamente prevista dal d.l. 273/05 con limitato riferimento ai cantieri edili. Pienamente efficace, quindi, doveva essere ritenuto, così come è stato nel caso di specie, il certificato prodotto il 7 maggio 2010 unitamente alla dichiarazione attestante la conformità della copia all'originale dello stesso, riportante la data di rilascio dell'1 aprile 2010 e riferito ad una regolarità contributiva attestata con riferimento alla data del 26 febbraio 2010 e cioè ad una data non anteriore a tre mesi rispetto al termine di scadenza per la presentazione delle offerte;

3.4. Appare altresì opportuno, in relazione alla specifica questione, precisare come la ricorrente incidentale non abbia fornito alcun principio di prova atto a dimostrare che il D.U.R.C. prodotto dalla ricorrente principale non sia stato rilasciato rispettando il presupposto individuato dalla già richiamata circolare e cioè quello per cui "deve essere acquisito un D.U.R.C. per ciascuna procedura". Il certificato di regolarità, infatti, non consente – di per sé -

l'identificazione, attraverso il CIP, della specifica procedura cui si riferisce, senza ulteriore indagine: era quindi onere della parte che pone in contestazione l'effettività riferibilità del certificato alla specifica procedura di gara dimostrare tale circostanza;

3.5. Tutto ciò premesso non può, quindi, trovare accoglimento il ricorso incidentale ora esaminato, rendendo così necessario passare al vaglio della fondatezza del ricorso principale, previo esame delle eccezioni in rito introdotte dall'Amministrazione resistente;

4. Sul punto il Collegio ritiene:

4.1. che non possa trovare positivo apprezzamento quella secondo la quale il ricorso sarebbe tardivo, in quanto notificato oltre il termine di trenta giorni per la notificazione del ricorso previsto dall'art. 120 del d. lgs. 104/10. E' pur vero, infatti, che la deliberazione consiliare n. 3 del 15 febbraio 2010, la determinazione n. 168 del 13 marzo 2010 e l'allegato disciplinare di gara, nonché il provvedimento di nomina della commissione e il verbale di ammissione delle ditte erano pienamente conosciuti dalla ricorrente ben prima di trenta giorni antecedenti a quello di notifica del ricorso. Ciononostante, la loro impugnazione, in uno con il successivo provvedimento di aggiudicazione definitiva, quale unico provvedimento concretamente e direttamente lesivo delle posizioni giuridiche fatte valere appare tempestivo. Si tratta, in altre parole, di atti non autonomamente lesivi, ma che sono divenuti tali nel momento in cui la loro applicazione ha condotto all'aggiudicazione dell'appalto ad un soggetto diverso dall'odierno ricorrente;

4.2. medesima sorte va riservata alla successiva eccezione, secondo cui la discrezionalità esercitata dall'Amministrazione nella scelta dei componenti della commissione giudicatrice non avrebbe leso alcuna aspettativa

giuridicamente tutelabile delle ditte partecipanti alla gara, cosicché il ricorso tendente a far dichiarare l'illegittimità della composizione della commissione (e conseguentemente di tutti gli atti di gara) sarebbe inammissibile. A tale proposito appare piuttosto chiaro come la questione rilevarebbe, semmai, in termini di ammissibilità della censura che si fonda sulla pretesa illegittimità della composizione della Commissione (la quale si riverbererebbe sulla legittimità degli atti dalla stessa adottati) e non anche in termini di ammissibilità del ricorso stesso. Ci si può, quindi, esimere dall'esaminare la questione in via preliminare;

5. Superate, quindi, le eccezioni pregiudiziali in rito, si ritiene che nella prima censura dedotta con il ricorso principale siano ravvisabili caratteristiche tali da qualificarla come principale ed assorbente rispetto alle altre. Con essa parte ricorrente tende, infatti, ad escludere l'ammissibilità dell'offerta della controinteressata, in quanto non corredata da un'idonea cauzione provvisoria.

5.1. Risulta dimostrato in atti, infatti, che la garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria è stata rilasciata alla sola TEA SEI Servizi Energetici Integrati s.r.l., il cui legale rappresentante è l'unico sottoscrittore della scheda tecnica ed appare, quindi, come unico contraente. A tale proposito la giurisprudenza è ormai costante nel ritenere che "Nel caso di partecipazione ad una gara di appalto di un raggruppamento temporaneo di imprese, la polizza fideiussoria mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria deve essere necessariamente intestata, a pena di esclusione, non già alla solita capogruppo designata, ma anche alle mandanti" (Consiglio Stato, sez. V, 26 ottobre 2009, n. 6533). Ciò non solo per gli appalti di lavori regolati dalla disciplina previgente al D.Lgs. n. 163 del 2006, ma anche per quelli di servizi regolati dal D.Lgs. n. 157 del 1995, stante l'esigenza di assicurare in modo

pieno l'operatività della garanzia fideiussoria di fronte ai possibili inadempimenti (Consiglio di Stato, sez. V, 26 ottobre 2009 , n. 6533). Ne discende che, nel caso di specie, in cui la garanzia non è sottoscritta dalla mandante, non è sufficiente che l'evento oggetto della garanzia sia individuato come “partecipazione in RTI” (peraltro erroneamente indicante la A.S.E.P. come mandataria, anziché come mandante) per ritenere assolto l'obbligo di garanzia imposto dalla legge e che deve riguardare, nel caso di raggruppamento non costituito, tutte le imprese che intendono costituirlo. Né può essere sufficiente, in senso contrario, la prescrizione di cui al punto 11, secondo cui i documenti di cui al punto 11.4 (la garanzia provvisoria, per l'appunto) avrebbero dovuto essere presentati solo dalla mandataria, posto che la stessa non può che presumere un raggruppamento già costituito.

5.2. Deve, pertanto, ritenersi che l'offerta della controinteressata sia stata illegittimamente ammessa, in quanto non corredata da un documento (la polizza fideiussoria) individuato come essenziale, a pena di esclusione, il che comporta l'accoglimento della domanda volta ad ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione, in quanto disposta nei confronti di un soggetto che avrebbe dovuto essere escluso dalla gara;

6. Preso atto che nelle more del giudizio, decorso il termine dilatorio di 35 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva di cui all'art. 11 del d. lgs. 163 del 2006, così come modificato dall'art. 1 del d. lgs. 20 marzo 2010, n. 53 (indicato nella comunicazione stessa come scadente il 7 agosto 2010) senza che pervenisse alcun avviso circa l'intenzione di presentare ricorso giurisdizionale, il 16 settembre 2010 è stato stipulato il contratto per la fornitura del servizio, destinato ad avere una durata di dodici anni, deve, quindi, essere esaminata la specifica domanda volta ad ottenere la declaratoria di inefficacia del contratto stesso;

7. A tale proposito il Collegio ritiene che, nel caso di specie, sussistano i presupposti per dichiarare, annullata l'aggiudicazione, la sopravvenuta inefficacia del contratto, tenuto conto di quanto disposto dall'art. 122 del nuovo c.p.a. (d. lgs. 104/10). Nel caso di specie, infatti, dato il brevissimo lasso di tempo trascorso dalla stipulazione del contratto e la notevole durata del servizio oggetto del medesimo, accertata l'effettiva possibilità per la ricorrente, nella sua qualità di seconda graduata, – allo luce dei vizi dedotti e allo stato degli atti e fatta salva la facoltà dell'Amministrazione di procedere agli accertamenti di rito ed in caso di negativo riscontro al diniego dell'aggiudicazione – di conseguire l'aggiudicazione e subentrare nel contratto (come da sua richiesta di reintegrazione in forma specifica), si ritiene che il contratto in essere perda la propria efficacia decorsi trenta giorni dalla notificazione o comunicazione della presente sentenza;

8. Tale soluzione appare pienamente soddisfattiva delle pretese di parte ricorrente, conducendo alla reintegrazione in forma specifica mediante declaratoria di inefficacia del contratto, con la conseguenza che appare possibile escludere ogni diritto della ricorrente ad un risarcimento del danno per equivalente;

9. Le spese del giudizio seguono l'ordinaria regola della soccombenza e debbono, pertanto, essere poste in capo all'Amministrazione resistente e alla controinteressata in parti uguali e nella misura di cui al dispositivo;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti con esso impugnati, nei limiti di cui in motivazione.

Dichiara l'inefficacia del contratto medio tempore stipulato con la controinteressata, a decorrere dal trentesimo giorno successivo alla notificazione o comunicazione della presente sentenza, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione in ordine all'aggiudicazione della gara.

Respinge ogni ulteriore questione risarcitoria.

Condanna il Comune e la controinteressata al pagamento, in parti uguali, a favore della ricorrente delle spese del giudizio, che liquida in Euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre ad IVA, C.P.A., al rimborso forfetario delle spese e, limitatamente alla ricorrente, al rimborso del contributo unificato dalla stessa anticipato ai sensi del comma 6 bis dell'articolo 13 del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 14 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Francesco Gambato Spisani, Primo Referendario

Mara Bertagnoli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/10/2010

IL SEGRETARIO

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

Addi' _____ copia conforme del presente provvedimento e' trasmessa a:

IL FUNZIONARIO