

N. 02488/2010 REG.SEN.
N. 00272/2010 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 Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 272 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da Istituto di Vigilanza Notturna e Diurna di Cannas Bruno & C. s.n.c., con sede in Carbonia, in persona del legale rappresentante, in proprio e nella qualità di impresa capogruppo della costituenda associazione temporanea di imprese con la Vigilanza Sardegna società cooperativa a r.l., rappresentato e difeso dagli avvocati Antonino La Lumia, Mario Esposito e Piergiorgio Loi, con domicilio eletto presso lo studio legale dell'ultimo in Cagliari, via Alghero n. 22;

contro

Azienda Sanitaria Locale n. 7, con sede in Carbonia, in persona del Commissario Straordinario e legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Contu, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo in Cagliari, via Ancona n. 3;

per l'annullamento,

con il ricorso introduttivo:

a) del bando di gara, spedito in G.U.C.E in data 11 gennaio 2010, con il quale

l'Azienda Sanitaria Locale n. 7 di Carbonia ha indetto una procedura aperta "per l'affidamento triennale del servizio di vigilanza armata delle sedi di guardia medica e di radio sorveglianza di alcune sedi A.S.L."

b) del relativo disciplinare di gara e del capitolato generale per la fornitura di beni e servizi dell'Azienda Sanitaria Locale n. 7 di Carbonia;

c) del verbale della seduta tenuta, in data 11 marzo 2010, dalla Commissione di gara nominata nell'ambito della procedura, nel corso della quale la costituenda A.T.I. fra l'Istituto di Vigilanza Notturna e Diurna di Cannas Bruno è stata esclusa;

con i motivi aggiunti, notificati il 4 giugno 2010 e depositati il 16 giugno 2010:

d) della deliberazione n. 373/C del 16 marzo 2010, con la quale il Commissario dell'A.S.L. n° 7 di Carbonia ha ratificato il verbale in data 11 marzo 2010 e ha dichiarato deserta la gara;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio della A.S.L. n° 7 di Carbonia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 ottobre 2010 il dott. Giorgio Manca e uditi l'avv. Piergiorgio Loi per il ricorrente e l'avv. Matilde Mura, in sostituzione dell'avv. Contu, per l'amministrazione resistente;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. – L' Istituto di Vigilanza ricorrente ha partecipato alla procedura aperta, indetta dall'Azienda sanitaria Locale n. 7 di Carbonia, per «l'affidamento

triennale del servizio di vigilanza armata delle sedi di guardia medica e di radio sorveglianza di alcune sedi A.S.L.». L'offerta, in raggruppamento temporaneo con la società cooperativa "La Vigilanza Sardegna", veniva presentata mediante consegna a mani direttamente all'ufficio protocollo della ASL n. 7. Nella seduta di gara dell'11 marzo 2010, la commissione giudicatrice, dopo aver escluso l'offerta di altra concorrente, disponeva l'esclusione anche dell'offerta presentata dall'A.T.I. capeggiata dall'Istituto ricorrente in quanto la consegna a mani del plico sarebbe avvenuto «in difformità dalle prescrizioni di cui all'art. 8 del Capitolato Generale e art. 11 del disciplinare di gara», disposizioni che definiscono «l'indicazione "a mano" (auto prestazione) specificando che il plico contenente l'offerta economica deve essere munito di francobolli timbrati dall'ufficio postale, pena l'esclusione dalla gara ...La costituenda ATI viene pertanto esclusa dalla gara. In carenza di offerte valide la gara viene dichiarata deserta» (cfr. verbale seduta 11 marzo 2010, doc. 6 della produzione documentale di parte ricorrente).

2. - Con il ricorso in epigrafe, consegnato per la notifica il 22 marzo 2010 e depositato il 1° aprile 2010, l'Istituto di Vigilanza chiede l'annullamento dell'atto di esclusione sopra richiamato, nonché degli altri atti meglio indicati in epigrafe, deducendo la violazione del disciplinare di gara il cui art. 11 prevedeva espressamente la consegna dell'offerta mediante auto prestazione, che, in mancanza di ulteriori specificazioni inerenti l'affrancatura postale, deve essere intesa come "consegna diretta a mani". Inoltre, l'esclusione sarebbe comunque illegittima, sempre per la violazione della lex specialis, posto che questa non sanzionava con l'esclusione il mancato rispetto delle modalità di presentazione dell'offerta indicate. Con l'ulteriore conseguenza dell'applicazione del principio di massima partecipazione alle gare.

Si denuncia, altresì, l'erronea applicazione dell'art. 8 del capitolato generale della ASL che non potrebbero integrare le disposizioni del disciplinare di gara, anche per il mancato espresso richiamo da parte del disciplinare alla norma del capitolato.

Infine, l'esclusione sarebbe illegittima anche per la violazione dei principi di ragionevolezza, nonché per la violazione dell'art. 42, § 6, lett. a), della direttiva 2004/18/CE e dell'art. 77 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) che non impongono alcun mezzo privilegiato per la consegna delle offerte.

3. – Con motivi aggiunti, consegnati all'ufficiale giudiziario per la notifica il 4 giugno 2010 e depositati il successivo 16 giugno, il ricorrente impugna anche la deliberazione n. 373/C del 16 marzo 2010, con la quale il Commissario della ASL n. 7 di Carbonia ha ratificato il verbale di gara dell'11 marzo 2010, sopra citato, e contestualmente ha dichiarato deserta la gara, chiedendone l'annullamento per le medesime ragioni già dedotte con il ricorso introduttivo.

4. – Con ordinanza di questa Sezione n. 187/10 del 14 aprile 2010, è stata accolta la domanda cautelare incidentalmente proposta dal ricorrente, con la conseguente sospensione degli effetti dell'esclusione. Successivamente, con ordinanza n. 307/10 del 23 giugno 2010, è stata accolta anche la domanda cautelare diretta a sospendere gli effetti della deliberazione n. 373/C sopra citata.

5. – Si è costituita in giudizio la A.S.L. n. 7 di Carbonia, chiedendo, preliminarmente, che il ricorso sia dichiarato inammissibile per la mancata notifica ad almeno uno dei controinteressati, nel caso di specie da identificare nell'altro concorrente escluso, il quale – nel caso di accoglimento del ricorso – subirebbe il pregiudizio di non poter partecipare alla nova gara rinnovata.

nel merito, conclude per l'infondatezza del ricorso.

6. – All'udienza pubblica del 13 ottobre 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. – L'eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa dell'amministrazione non può essere accolta, dovendosi confermare la pacifica giurisprudenza che esclude la presenza di controinteressati nel caso di impugnazione dell'atto di esclusione dalla gara. Nel caso in questione, inoltre, anche se si volesse seguire la prospettazione della difesa dell'amministrazione, dovrebbe in ogni caso osservarsi come il secondo offerente non abbia nemmeno impugnato l'atto di esclusione dalla gara, adottato anche nei suoi confronti dalla commissione giudicatrice nella seduta dell'11 marzo 2010, per cui la sua situazione giuridica deve essere qualificata alla stregua di un interesse di mero fatto (alla rinnovazione della gara).

2. – Nel merito, il ricorso e i motivi aggiunti sono fondati.

Come già rilevato in sede cautelare, nel valutare le censure dedotte avverso l'atto di esclusione dell'offerta presentata dall'Istituto di Vigilanza ricorrente, occorre muovere dal principio affermato a livello comunitario in sede di interpretazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 15 dicembre 1997, 97/67/CE (concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio). Secondo la Corte di Giustizia CE (sez. V, 11 marzo 2004, n. 240), infatti, il ventunesimo “considerando”, che definisce l'autoprestazione come la *«prestazione di servizi postali da parte della persona fisica o giuridica che è all'origine della corrispondenza, oppure l'assunzione del compito di effettuare la raccolta e l'inoltro di tali oggetti da parte di un terzo che agisce esclusivamente in nome di questa persona»*, impedisce agli Stati membri, in forza dell'art. 7 della direttiva, di

riservare ai prestatori del servizio universale la raccolta, lo smistamento, l'instradamento e la distribuzione degli invii postali compiuti in tal modo; e di subordinare l'autoprestazione alla condizione che il servizio debba essere fornito mediante il sistema dei pacchi postali o altre analoghe procedure.

Né può considerarsi rilevante quanto previsto, sul punto, dal capitolato generale dell'Azienda Sanitaria, poiché la lex specialis di gara è formata esclusivamente dalle regole che si ricavano dal bando e dal disciplinare di gara (o dalla lettera di invito), cioè dagli atti che entrano nella sfera di conoscibilità dei soggetti potenzialmente interessati a partecipare alla procedura di evidenza pubblica. E nella fattispecie in esame il disciplinare di gara (art. 11, punto 3) si limitava ad indicare, tra le modalità di presentazione del plico contenente l'offerta, quella dell'autoprestazione, senza ulteriori prescrizioni.

3. - La disciplina delle spese di lite segue la soccombenza, nei termini indicati nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso e i motivi aggiunti in epigrafe e, per l'effetto:

- annulla il verbale della seduta di gara dell'11 marzo 2010, nella parte in cui la Commissione giudicatrice ha escluso dalla procedura di gara la costituenda A.T.I. fra l'Istituto di Vigilanza Notturna e Diurna di Cannas Bruno & C. snc e la Vigilanza Sardegna società cooperativa a r.l.;

- annulla la deliberazione n. 373/C, adottata in data 16 marzo 2010, con la quale il Commissario dell'ASL n. 7 di Carbonia ha ratificato il verbale della seduta di gara del 1° marzo 2010, nel corso della quale la Commissione

giudicatrice ha dichiarato la gara deserta per carenza di offerte valide.

Condanna la A.S.L. n° 7 di Carbonia al pagamento delle spese giudiziali a favore della società ricorrente, che si liquidano in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila).

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Giorgio Manca, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/11/2010

IL SEGRETARIO

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

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

IL FUNZIONARIO