



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 Calabria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 895 del 2010, proposto da:
Demetra Società Cooperativa Sociale, in persona del legale
rappresentante, rappresentata e difesa dall'Avv. Antonio Pancallo,
con domicilio presso Roberta Merante, in Catanzaro, Via Raffaele
Piccoli 9;

contro

Comune di Cosenza, in persona del Sindaco, rappresentato e difeso
dagli Avv.ti Agostino Rosselli e Ugo Dattis, con domicilio presso la
Segreteria di questo Tribunale;

nei confronti di

Interzona Piccola Società Cooperativa a r.l., non costituita in
giudizio;

per l'annullamento

a) della determinazione del Comune di Cosenza n. 609 in data 24 maggio 2010, con cui è stata revocata l'aggiudicazione, di cui alla determinazione n. 465 del 23 aprile 2010, dell'appalto per la gestione dei servizi educativi-territoriali per l'infanzia "Città dei Ragazzi e Biblioteca dei Ragazzi"; b) delle note del Comune prot. n. 25309 in data 23 aprile 2010, prot. n. 26643 in data 28 aprile 2010 e prot. n. 109 in data 5 maggio 2010; c) del provvedimento con cui il Comune ha stabilito di procedere mediante "cottimo fiduciario-trattativa privata" per l'affidamento del servizio; d) della determinazione del Comune n. 738 in data 3 giugno 2010 con cui è stato approvato l'esito di tale procedura; e) del bando di gara relativo alla procedura che ha condotto alla iniziale aggiudicazione del servizio in favore della ricorrente:

e per la condanna

dell'Amministrazione al risarcimento del danno;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Cosenza;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 maggio 2011 il dott. Daniele Burzichelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il presente gravame la ricorrente, chiedendo anche il risarcimento del danno, impugna: a) la determinazione del Comune di Cosenza n. 609 in data 24 maggio 2010, con cui è stata revocata l'aggiudicazione, di cui alla determinazione n. 465 del 23 aprile 2010, dell'appalto per la gestione dei servizi educativi-territoriali per l'infanzia "Città dei Ragazzi e Biblioteca dei Ragazzi"; b) le note del Comune prot. n. 25309 in data 23 aprile 2010, prot. n. 26643 in data 28 aprile 2010 e prot. n. 109 in data 5 maggio 2010; c) il provvedimento con cui il Comune ha stabilito di procedere mediante "cottimo fiduciario-trattativa privata" per l'affidamento del servizio; d) la determinazione del Comune n. 738 in data 3 giugno 2010 con cui è stato approvato l'esito di tale procedura; e) il bando di gara relativo alla procedura che ha condotto alla iniziale aggiudicazione del servizio in favore della ricorrente.

Nel ricorso si premette che: a) il Comune ha ritardato in modo consistente e, poi, interrotto la liquidazione del corrispettivo sino ad accumulare un debito di oltre 500.000 € nei confronti della ricorrente; b) la società non ha avuto notizia delle determinazioni del Comune n. 465 del 23 aprile 2010, con cui il Comune ha aggiudicato la gara in suo favore, né delle successive note prot. n. 25309 del 23 aprile 2010 e prot. n. 26643 del 28 aprile 2010; c) ricevuta la successiva nota prot. n. 109 in data 5 maggio 2010, la ricorrente ha replicato ai rilievi mossi dall'Amministrazione.

La ricorrente aggiunge che il Comune ha revocato l'aggiudicazione in quanto: a) la documentazione è stata prodotta oltre il termine di cui alla nota dirigenziale prot. n. 109 in data 5 maggio 2010 e oltre quello perentorio di 10 giorni decorrente dal 23 aprile 2010 (giorno in cui la società ha ricevuto la nota dirigenziale in pari data); b) l'importo della garanzia fideiussoria prodotta dalla ricorrente è dimezzato rispetto a quello prescritto dall'art. 113 d.lgs. n. 163/2006, ma la società ha ommesso di produrre la certificazione di qualità UNI ISO EN ISO 9001/2000; c) in data 13 maggio 2010 sono stati acquisiti due distinti certificati Inps-Inail, che contengono la dichiarazione che la ricorrente non è in regola ai fini del DURC.

Quanto alla prima circostanza la società lamenta "eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, illogicità e sviamento, violazione dei principi di efficienza dell'azione amministrativa, dei principi di affidamento procedimentale, correttezza, imparzialità e buona amministrazione, nonché violazione degli artt. 21-quinquies e 21-nonies legge n. 241/1990".

In particolare la ricorrente osserva che: a) il Comune, a seguito della mancata ricezione delle note in data 23 aprile 2010 e 28 aprile 2010, ha nuovamente formulato la richiesta di documentazione con nota in data 5 maggio 2010; b) la documentazione è pervenuta all'Amministrazione prima dell'adozione del provvedimento di revoca; c) il termine indicato dall'Amministrazione non era perentorio; d) in fattispecie analoga la giurisprudenza amministrativa

(Tar Torino, II, n. 229/2007) ha ritenuto che sul dato formale (consistente nell'invio della documentazione oltre il termine indicato dall'Amministrazione) prevale quello sostanziale (consistente nel fatto che l'Amministrazione ha ricevuto la documentazione prima dell'adozione del provvedimento di revoca); e) l'art. 21-quinquies stabilisce che la revoca può avvenire solo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, nel caso di mutamento della situazione di fatto e nel caso di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario; f) l'art. 21-nonies stabilisce che può procedersi all'annullamento d'ufficio se sussistono ragioni di pubblico interesse, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati; e) nel caso di specie non sussistono i requisiti di cui alle norme indicate; g) a ciò deve aggiungersi che la revoca dell'aggiudicazione non è prevista quale effetto automatico della mancata allegazione della documentazione richiesta; h) in subordine, deve ritenersi l'illegittimità - sul punto - del bando e, conseguentemente, l'illegittimità derivata del provvedimento di revoca.

Quanto alla seconda circostanza la società lamenta "violazione degli artt. 40, 75 e 113 d.lgs. n. 163/2006, delle norme e dei principi generali in materia di presentazione dei documenti di gara, del bando di gara, nonché eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di motivazione e difetto di istruttoria".

In particolare la ricorrente osserva che: a) alla polizza fideiussoria è

stata allegata una copia del certificato in data 7 maggio 2010 che attesta la conformità ai requisiti previsti dalla normativa UNI ISO EN ISO 9001/2000; b) il Comune ha rilevato che era stata prodotta copia non autenticata del certificato, valido per la “progettazione ed erogazione dei servizi socio-assistenziali ed educativi in regime residenziale rivolto ai minori in situazioni di disagio (EA 38f)”;

c) l’Amministrazione ha ritenuto insufficiente la produzione di una semplice fotocopia, ha osservato che il certificato non si riferiva allo specifico oggetto dell’appalto (“servizi educativi territoriali per l’infanzia”) e ha, inoltre, affermato che la società non aveva prodotto in originale tutte le certificazioni per le quali in sede di gara aveva prodotto autocertificazione; d) nessuna norma del bando, però, impone la produzione di una copia autentica della certificazione di qualità; e) né il d.lgs. n. 163/2006 , né il bando di gara impongono che la certificazione di qualità debba fare riferimento all’oggetto specifico dell’appalto; f) nel settore di accreditamento SINCERT n. 38f sono ricomprese tutte la attività in qualche modo riconducibili all’assistenza sociale; g) il Comune non ha chiarito quali siano le certificazioni non prodotte in originale).

Quanto alla terza circostanza la società lamenta “violazione degli artt. 38 e 46 d.lgs. n. 163/2006 e 3 legge n. 241/1990, eccesso di potere per contrasto con precedente determinazione, manifesta irragionevolezza, illogicità e sviamento, violazione dei principi di efficienza dell’azione amministrativa, di affidamento procedimentale,

correttezza, imparzialità e buona amministrazione”.

In particolare la ricorrente osserva che: a) non è sufficiente l'esistenza di una valutazione negativa sulla regolarità contributiva per giustificare l'esclusione dalla gara o la revoca della già disposta aggiudicazione; b) come affermato dalla giurisprudenza, spetta all'Amministrazione valutare in concreto la gravità dell'irregolarità (Tar Napoli, I. n. 51/2001) in contraddittorio con la parte interessata (Tar Reggio Calabria, I. n. 1295/2009).

La ricorrente rileva, inoltre, che dall'illegittimità della revoca dell'aggiudicazione discende in via derivata l'illegittimità degli ulteriori atti impugnati (determinazione di indizione del cottimo fiduciario-trattativa privata per l'affidamento temporaneo del servizio e determinazione n. 738 del 3 giugno 2010 con cui è stato approvato l'esito di tale procedura).

In merito alla richiesta di risarcimento del danno, la società osserva che: a) sussistono gli elementi di cui all'art. 2043 c.c., con particolare riferimento alla colpa dell'Amministrazione; b) il danno deve essere risarcito in misura pari al corrispettivo del servizio che la ricorrente avrebbe percepito in relazione ai periodi di mancata erogazione del servizio e all'utile derivante dalle altre prestazioni previste dall'appalto.

Il Comune di Cosenza, costituitosi in giudizio, eccepisce la tardività del gravame e la carenza di interesse, sollecitando, in subordine, il suo rigetto nel merito perché infondato.

In particolare l'Amministrazione Municipale osserva che: a) la determinazione n. 609 del 24 maggio 2010 è stata comunicata alla ricorrente in pari data con due distinte raccomandate ricevute dalla società in data 28 maggio 2010 presso la sede legale e in data 27 maggio 2010 presso la sede amministrativa; b) il ricorso è stato notificato in data 20 luglio 2010, ben oltre il prescritto termine di trenta giorni; c) la società, con dichiarazione del 10 giugno 2010 acquisita al protocollo dell'ente il successivo 17 giugno, ha comunicato al Comune la cessazione di ogni attività; d) la ricorrente non ha prodotto la richiesta documentazione sostitutiva delle semplici autocertificazioni esibite in sede di gara nel termine di dieci giorni di cui alla nota del Comune n. 25309 ricevuta in data 23 aprile 2010; e) il bando prevede espressamente la facoltà dell'Amministrazione di revocare l'aggiudicazione a fronte di tale inadempienza; f) il rispetto della tempistica procedimentale costituisce presidio del principio di imparzialità; g) le prescrizioni del bando sono - ovviamente - vincolanti per la stazione appaltante; h) l'interesse pubblico a giustificazione dell'intervento in autotutela deve ravvisarsi nell'esigenza di evitare l'interruzione nell'erogazione del servizio; i) la società ha esibito solo un certificato camerale necessario per l'acquisizione delle informazioni antimafia e ha esibito la polizza fideiussoria a garanzia del 5% dell'importo contrattuale, ritenendo di poter beneficiare del certificato di qualità rilasciato dalla TUV Italia s.r.l.; l) la TUV Italia ha, però, comunicato in data 4

maggio che tale certificato era stato sospeso in data 27 luglio 2009 per pagamenti irregolari ed era stato definitivamente ritirato in data 11 gennaio 2010; m) l'impresa che si aggiudica la gara deve conservare la regolarità contributiva durante tutto lo svolgimento del rapporto (sul punto, cfr. Cons. St., VI, n. 4928/2009).

Con memoria depositata in data 4 aprile 2011 la ricorrente, oltre a ribadire le difese già articolate nel ricorso introduttivo, osserva che: a) la riduzione del termine di impugnazione introdotta dall'art. 8 d.lgs. n. 53/2010 si riferisce all'ipotesi di impugnazione di atti delle procedure di affidamento dell'appalto; b) in ogni caso deve concedersi l'errore scusabile, anche in ragione del fatto che il Comune ha indicato che avverso il provvedimento di revoca era ammesso ricorso al Tar entro il termine di giorni sessanta dalla notificazione; c) l'irregolarità del DURC non comporta l'automatica revoca dell'aggiudicazione e non esonera l'Amministrazione dal valutare la specifica rilevanza dell'irregolarità.

Nella pubblica udienza del 5 maggio 2011, sentiti i difensori delle parti, come indicato in verbale, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Quanto alla domanda di annullamento, il ricorso è tardivo.

Infatti, secondo la disciplina introdotta dal d.lgs. n. 53/2010 a modifica del d.lsg. n. 163/2006 (oggi trasfusa nel codice del processo amministrativo), gli atti delle procedure di affidamento relative a pubblici lavori, servizi o forniture devono essere impugnati nel

termine di trenta giorni.

La revoca di un'aggiudicazione è indubbiamente un atto della procedura di affidamento, in quanto mediante la stessa si interviene in autotutela sull'atto che ha concluso la procedura.

Tutti gli atti con cui si interviene in autotutela su provvedimenti assunti nella procedura di affidamento sono, invero, "atti delle procedure di affidamento" ai sensi della formulazione oggi contenuta nell'art. 120, primo comma, cod. proc. amm., in quanto, diversamente opinando, dovrebbe ritenersi che, ad esempio, l'esclusione dalla gara andrebbe impugnata nel termine di trenta giorni, mentre l'annullamento in autotutela dell'ammissione alla gara (con conseguente esclusione) andrebbe impugnata nel termine ordinario di sessanta giorni, ciò che è all'evidenza assurdo e assolutamente in contrasto con le esigenze di celerità che hanno indotto il legislatore comunitario e quello nazionale ad introdurre un rito particolarmente sollecito in materia di lavori, servizi e forniture pubbliche.

Né può, nella specie, invocarsi l'errore scusabile.

La giurisprudenza amministrativa ha costantemente affermato che l'erronea indicazione, ai sensi dell'art. 3 legge n. 241/1990, del termine o dell'Autorità cui ricorrere può costituire presupposto per l'errore scusabile purché nel caso concreto vi sia una qualche giustificata incertezza sugli strumenti di tutela utilizzabili da parte del destinatario dell'atto (cfr., da ultimo, Cons. St., VI, n. 642/2011).

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 3/2010) ha ribadito che la rimessione in termini per errore scusabile (istituto oggi disciplinato dall'art. 37 cod. proc. amm.) può concedersi solo in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o per gravi impedimenti di fatto.

La disciplina dell'errore scusabile, invero, è di stretta interpretazione, dal momento che un uso eccessivamente ampio della discrezionalità giudiziaria che essa presuppone, lungi dal rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale, potrebbe alla fine risolversi in un grave vulnus del pariordinato principio di parità delle parti, sul versante del rispetto dei termini perentori stabiliti dalla legge processuale.

Non a caso la giurisprudenza formatasi nella costanza del "vecchio" regime processuale era pacificamente nel senso di considerare la rimessione in termini per errore scusabile un istituto di carattere eccezionale (cfr, fra le tante, Cons. St., IV, n. 6599/ 2008 e Cons. St., IV, n. 273/1980), posto che esso delineava una deroga al principio cardine della perentorietà dei termini di impugnativa.

La giurisprudenza amministrativa ha, ad esempio, affermato che la concessione dell'errore scusabile postula una situazione connotata da un'obiettiva incertezza, ascrivibile di volta in volta alla difficoltà di interpretare una norma o all'esistenza di contrasti giurisprudenziali (Cons. St., n. 6599/2008), oppure alla particolare complessità della vicenda dedotta nel giudizio o, ancora, al comportamento non lineare dell'amministrazione (Cons. St., VI, n. 2751/ 2008; Cons. St.,

IV, n. 1147/ 2008).

La scusabilità dell'errore è stata, invece, negata nei casi in cui esso fosse imputabile al ricorrente (Cons. St., IV, n. 5860/ 2008).

Nel caso in esame, essendo assolutamente fuor di dubbio che la revoca dell'aggiudicazione sia un atto della procedura di affidamento, la ricorrente non può giovare del fatto che l'Amministrazione abbia erroneamente inserito nel provvedimento impugnato una formula stereotipata (e non corretta alla luce del d.lgs. n. 53/2010).

Infatti, l'indiscutibile e vistoso errore materiale in cui è incorso il Comune non può esonerare la ricorrente dall'assolvimento del dovere di ordinaria diligenza cui la stessa è tenuta.

In base all'ordinaria diligenza, invero, la società era tenuta a conoscere le - tra l'altro assai pubblicizzate - novità di cui al d.lgs. n. 53/2010, le quali, come si è già ripetuto, riguardano indubitabilmente tutti gli atti della procedura di affidamento (inclusi quelli adottati in autotutela).

E', invece, infondata la richiesta di risarcimento del danno.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 3/2011) ha, infatti, recentemente chiarito che: a) la regola della risarcibilità dei danni evitabili con l'impugnazione del provvedimento e con la diligente utilizzazione degli altri strumenti di tutela previsti dall'ordinamento, oggi sancita dall'art. 30, comma 3 cod. proc. amm., è ricognitiva di principi già evincibili alla stregua di un'interpretazione evolutiva del secondo comma dell'art. 1227 c.c.; b) l'obbligazione cooperativa e

mitigatrice del creditore ai senso dell'art. 1227 c.c. incontra il limite del cosiddetto apprezzabile sacrificio, per il quale il danneggiato è tenuto ad agire diligentemente per evitare l'aggravarsi del danno, anche se non fino al punto di sacrificare i propri rilevanti interessi personali e patrimoniali, attraverso il compimento di attività complesse, impegnative e rischiose; c) il divieto di abuso del diritto va inteso anche come divieto di abuso del processo e, pertanto, il creditore deve evitare di esercitare un'azione con modalità tali da impedire un aggravio della sfera del debitore; d) la mancata impugnazione di un provvedimento amministrativo può ritenersi un comportamento contrario a buona fede nell'ipotesi in cui si appuri che una tempestiva reazione avrebbe evitato o mitigato il danno, con la conseguenza che in questo caso deve escludersi la risarcibilità del danno; e) la grave inerzia nella coltivazione di rimedi giudiziali e di iniziative stragiudiziali può integrare la violazione degli obblighi cooperativi che gravano sul creditore danneggiato.

Prescindendo da ogni indagine sulla legittimità del - tardivamente impugnato - provvedimento di revoca, deve osservarsi che, in applicazione della illustrate coordinate interpretative, può certamente escludersi nel caso di specie la fondatezza della domanda risarcitoria avanzata dalla ricorrente.

Qualora, infatti, la stessa avesse tempestivamente impugnato (come era suo onere) la revoca dell'aggiudicazione, l'eventuale accoglimento del ricorso avrebbe scongiurato la produzione del danno di cui in

questa sede si chiede il ristoro (nella misura dei corrispettivi non percepiti dalla società a seguito della mancata erogazione del servizio in esito alla della revoca).

Tale circostanza risulta, dunque, “tranchant” e - si ripete - esime il Collegio da ogni ulteriore valutazione in ordine alla legittimità del provvedimento amministrativo con cui il Comune ha revocato l'aggiudicazione in favore della società.

Per le considerazioni che precedono il presente ricorso deve essere dichiarato in parte irricevibile e in parte infondato.

In ragione della peculiarità della controversia, le spese di giudizio devono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- 1) dichiara irricevibile il ricorso in epigrafe quanto alla domanda di annullamento degli atti impugnati;
- 2) rigetta la domanda di risarcimento del danno;
- 3) compensa fra le parti le spese di lite.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 5 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Daniele Burzichelli, Presidente FF, Estensore

Giovanni Iannini, Consigliere

Anna Maria Verlengia, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/05/2011

IL SEGRETARIO

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