



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 498 del 2011, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:
Magaldi Techno S.a.s. di Magaldi Ester & C., in persona del legale rappresentante,
rappresentata e difesa dagli Avv.ti Barbara Ugatti ed Ettore Notti, con domicilio
presso Giuseppe Spadafora, in Catanzaro, Via XX Settembre 63;

contro

Azienda Ospedaliera di Cosenza, in persona del legale rappresentante,
rappresentata e difesa dall'Avv. Beniamino Toscano, con domicilio presso
Giacomo Carbone, in Catanzaro, Via Milano 15 -bis;

nei confronti di

E.M.I. Electro Medical Instruments S.r.l. e Technical Med S.r.l., non costituite in
giudizio;

per l'annullamento

dei seguenti atti; a) verbale di gara in data 5 aprile 2011; b) note del Provveditorato
prot. n. 432/11 UO in data 1 aprile 2011 e prot. n. 129/11 in data 25 gennaio

2011; c) verbale in data 18 gennaio 2011; d) verbale e atti di gara in data 1 febbraio 2001; d) verbale di gara in data 5 aprile 2011; e) lettera di invito prot. n. 569 del 19 novembre 2010 e delibera di indizione della gara n.986 del 16 novembre 2010; f) bando e disciplinare della procedura per l'affidamento del servizio triennale di gestione e manutenzione straordinaria degli impianti di gas medicinale e tecnici; g) relazione in data 2 marzo 2001 sulla verifica della congruità dell'offerta presentata dalla ricorrente; h) deliberazione n. 492 del 29 aprile 2011, avente ad oggetto l'annullamento della procedura di gara; i) nota dell'Azienda Ospedaliera in data 6 maggio 2011 nella parte in cui la stessa fa riferimento alla citata deliberazione n. 492/2011; l) nota dell'Azienda n. 651/11 in data 11 maggio 2011; m) nota dell'Azienda in data 10 maggio 2011 di risposta al preavviso di gravame della ricorrente; n) nota dell'Azienda prot. n. 326 del 10 maggio 2011; o) la lettera di invito alla nuova procedura;

e per la condanna

dell'Amministrazione al risarcimento del danno;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera di Cosenza;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 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 impugna: a) il verbale di gara in data 5 aprile 2011; b) le note del Provveditorato prot. n. 432/11 UO in data 1 aprile 2011 e prot. n. 129/11 in data 25 gennaio 2011; c) il verbale in data 18 gennaio 2011; d) il

verbale e gli atti di gara in data 1 febbraio 2001; d) il verbale di gara in data 5 aprile 2011; e) la lettera di invito prot. n. 569 del 19 novembre 2010 e la delibera di indizione della gara n.986 del 16 novembre 2010; f) il bando e il disciplinare della procedura per l'affidamento del servizio triennale di gestione e manutenzione straordinaria degli impianti di gas medicinale e tecnici; g) la relazione in data 2 marzo 2001 sulla verifica della congruità dell'offerta presentata dalla ricorrente.

La ricorrente chiede anche il risarcimento del danno in forma specifica, mediante la riammissione in gara, l'aggiudicazione dei lavori e il subentro nel contratto di appalto, ovvero, in subordine, il risarcimento del danno, previa declaratoria di inefficacia del contratto, con condanna dell'Amministrazione al pagamento dell'utile d'impresa nella misura del 10% del prezzo offerto o della somma diversamente determinata ai sensi dell'art. 1226 c.c., nonché del danno curriculare e delle spese sostenute per la partecipazione alla gara.

Nel ricorso si espone che: a) con lettera di invito prot. n. 569 del 19 gennaio 2010, l'Amministrazione ha indetto una procedura ristretta accelerata ai sensi dell'art. 56 d.lgs. n. 163/2006, con offerte segrete e a aggiudicazione ai sensi dell'art. 82 d.lgs. n. 163/2006 al maggior ribasso, per l'affidamento del servizio triennale di gestione e manutenzione di impianti, apparecchiature ed accessori per la distribuzione degli impianti di gas medicinale e tecnici; b) in data 1 febbraio 2011 si è proceduto all'apertura delle buste e la ricorrente è risultata aver offerto il prezzo più basso (€ 129.500,00); c) in tale sede la commissione di gara ha richiesto le giustificazioni delle offerte economiche; d) in data 1 aprile 2011 è pervenuta alla ricorrente la convocazione per la seduta pubblica del 5 aprile 2011, ore 11.00, finalizzata alla formazione della graduatoria e l'aggiudicazione della gara; d) la ricorrente si è recata puntualmente alla seduta, riscontrando che la stessa si era già tenuta e che la sua offerta non era stata ritenuta congrua (il verbale del 5 aprile 2011 attesta che le operazioni sono iniziate alle ore 10.15 e si sono concluse alle ore 10.55); e) la

ricorrente, con nota in data 11 aprile 2011, ha contestato la legittimità delle operazioni di gara ai sensi dell'art. 243 d.lgs. n. 163/2006.

Con unico e articolato motivo di gravame la ricorrente lamenta “violazione degli artt. 79, 82, 86, 87 e 124 d.lgs. n. 163/2006, della lettera di invito e del disciplinare di gara, della legge n. 241/1990, dell'art. 97 Cost., dell'art. 58 legge regionale n. 43/1986, nonché eccesso di potere per sviamento, falsa rappresentazione della realtà, motivazione contraddittoria, omessa, perplessa e apparente”.

In particolare la ricorrente osserva che: a) l'art. 58 legge regionale n. 43/1996 impone alle stazioni appaltanti di osservare le leggi e i regolamenti nazionali sino all'adozione di apposito regolamento (che non è stato ancora approvato); b) la circostanza che la seduta pubblica si sia tenuta prima del previsto, impedendosi in tal modo la partecipazione della ricorrente, rende illegittime le operazioni di gara; c) l'art. 124, ottavo comma, d.lgs. n. 163/2006 dispone che, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante può prevedere l'esclusione automatica delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomali individuata ai sensi dell'art.86; d) nella fattispecie il bando di gara non contemplava il ricorso alla procedura di cui al citato art. 124, ottavo comma; e) in ogni caso l'esclusione automatica contrasta con i principi del diritto comunitario (il Consiglio di Stato, Sez. V, n. 488/2006, ha rimesso la questione alla Corte di Giustizia); e) in difetto di opzione per l'esclusione automatica, la Commissione avrebbe dovuto applicare il procedimento di cui agli artt. 86, 87 e 88 d.lgs. n. 163/2006, anche in considerazione del fatto che il numero delle offerte non era inferiore a cinque; f) l'Amministrazione non ha instaurato il necessario contraddittorio di cui agli artt. 82, 86, 87 e 88 d.lgs. n. 163/2006 prima di disporre l'esclusione dell'offerta della ricorrente, né ha adeguatamente motivato in ordine alla presunta incongruità dell'offerta; g) la relazione tecnica reputa incongrua l'offerta sulla base di una pretesa discordanza tra quantità offerte e

quantità - mai - indicate nel capitolato speciale; g) le relazione reputa incongruo il costo orario basandosi sulla retribuzione dell'operaio specializzato di V livello (tale figura non è stata richiesta in sede di gara e in nessuna parte del bando e del capitolato speciale è specificato o quantificato alcun parametro).

Mediante motivi aggiunti la ricorrente, chiedendo anche il risarcimento del danno (in forma specifica e, in subordine, per equivalente), impugna: a) la deliberazione n. 492 del 29 aprile 2011, avente ad oggetto l'annullamento della procedura di gara; b) la nota dell'Azienda Ospedaliera in data 6 maggio 2011 nella parte in cui la stessa fa riferimento alla citata deliberazione n. 492/2011; c) la nota dell'Azienda n. 651/11 in data 11 maggio 2011; d) la nota dell'Azienda in data 10 maggio 2011 di risposta al preavviso di gravame della ricorrente; e) la nota dell'Azienda prot. n. 326 del 10 maggio 2011; f) la lettera di invito alla nuova procedura.

Nel ricorso per motivi aggiunti si espone che: a) dopo l'accoglimento della domanda cautelare tramite fissazione dell'udienza di merito da parte di questo Tar, l'Amministrazione, con nota indirizzata al difensore dell'impresa, ha comunicato l'annullamento della procedura; b) il provvedimento in autotutela viola la pronuncia cautelare del Tribunale e non è sorretto da alcuna legittima motivazione; c) secondo il bando il verbale di aggiudicazione avrebbe tenuto luogo del contratto, di talché la procedura si è conclusa con il provvedimento di aggiudicazione in favore della controinteressata; d) l'Amministrazione avrebbe dovuto comunicare l'avvio del procedimento volto all'emanazione del provvedimento in autotutela.

Con unico motivo di gravame la ricorrente lamenta "violazione della legge n. 241/1990, dell'art. 97 Cost., dell'art. 57, secondo comma, lett. c), d.lgs. n. 163/2006, dell'art. 58 legge regionale n. 43/1996, eccesso di potere per sviamento, falsa rappresentazione della realtà, motivazione contraddittoria, inesistente, omessa, perplessa e apparente", osservando che: a) il citato art. 58 impone alle

stazioni appaltanti di osservare le leggi e i regolamenti nazionali sino all'adozione di apposito regolamento (che non è stato approvato); b) come affermato dal Consiglio di Stato (Sez. V, n. 7406/2000) l'esercizio del potere di autotutela deve essere preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento, deve essere sostenuto da congrua motivazione in ordine all'interesse pubblico a fondamento del disposto annullamento (cfr., fra le altre, Cons. St., V, n. 2479/2011); c) nel caso in esame l'esercizio del potere di autotutela è esclusivamente giustificato dall'intento di paralizzare l'azione giudiziaria della ricorrente; d) il citato art. 57, secondo comma, lett. c, consente l'esperimento della procedura negoziata, senza pubblicazione del bando, se l'estrema urgenza non è imputabile all'Amministrazione (mentre nella specie il negativo andamento della procedura di gara annullata in autotutela è imputabile alla stazione appaltante),

L'Azienda Ospedaliera, costituitasi in giudizio, chiede il rigetto del ricorso, osservando quanto segue in ordine ai motivi aggiunti proposti dalla ricorrente: a) l'intervento in autotutela non viola la pronuncia cautelare di questo Tribunale e si fonda sulla riscontrata inosservanza dell'art. 87, primo comma, d.lgs. n. 163/2006, nonché sull'erronea indicazione ai partecipanti dell'orario stabilito per la seduta di gara; b) il disciplinare di gara, deve aggiungersi, attribuiva alla stazione appaltante la facoltà di sospendere, annullare o rinviare la gara; c) la situazione di necessità e urgenza ha indotto l'Azienda ad avviare una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando ai sensi dell'art. 57, secondo comma, lett. c, d.lgs. n. 163/2006; d) il disposto annullamento si giustifica anche in considerazione del fatto che l'offerta della ricorrente appare chiaramente anomala (essendo più bassa del 25% rispetto alla soglia consentita del 35,47%); e) l'art. 7 legge n. 241/1990 non può trovare applicazione, in quanto l'Azienda ha annullato l'aggiudicazione provvisoria e non quella definitiva (sul punto, cfr. Cons. St., V, n. 7460/2010); f) in ogni caso l'annullamento era dovuto e a titolare dell'interesse a contestarlo non è la

ricorrente, ma semmai l'impresa che si è provvisoriamente aggiudicata la procedura; g) la procedura negoziata senza pubblicazione del bando è atto consequenziale rispetto all'originario procedimento concorsuale, essendo riservata alla imprese che hanno partecipato alla selezione iniziale, di talché le due procedure devono considerarsi parti di un medesimo procedimento; (sul punto, cfr. Tar Brescia, II, n. 2291/2010)

Con ulteriori memorie l'Azienda ha ulteriormente articolato le proprie difese, specificando, inoltre, che la ricorrente ha partecipato alla procedura di cui all'art. 57, secondo comma, lett. c), d.lgs. n. 156/2006, aggiudicandosi la gara, con conseguente sopravvenuta inammissibilità per carenza di interesse del presente ricorso.

Con apposita memoria la ricorrente rappresenta di rinunciare all'impugnazione, in quanto aggiudicataria all'esito della nuova procedura, chiedendo la condanna dell'Amministrazione intimata al pagamento delle spese di giudizio in base al principio della soccombenza virtuale.

Nella pubblica udienza del 20 ottobre 2011, sentiti i difensori delle parti, come indicato in verbale, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Il ricorso, non sussistendo i presupposti per una pronuncia di estinzione (in quanto la rinuncia al giudizio non è stata ritualmente notificata), deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse in ragione del fatto che la ricorrente è risultata aggiudicataria della nuova procedura selettiva.

Quanto alle spese di giudizio, il Collegio ritiene che esse debbano essere compensate in ragione della reciproca soccombenza virtuale.

Ciò in quanto: a) il ricorso introduttivo è fondato per l'assorbente ragione - riconosciuta dalla stessa Amministrazione - che, a causa di un errore contenuto nella comunicazione inviata alla ricorrente (nonché in quelle inviate ad altri concorrenti), è stata preclusa la partecipazione della ricorrente stessa (e di altri

concorrenti) alla seduta pubblica del 5 aprile 2011; b) il ricorso per motivi aggiunti è infondato per l'assorbente ragione che l'annullamento della procedura originaria risulta ampiamente giustificato dal vizio relativo allo svolgimento della seduta pubblica in data 5 aprile 2011 (di cui si è già detto).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto: 1) dichiara improcedibile il ricorso in epigrafe; 2) 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 20 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Massimo Luciano Calveri, Presidente

Daniele Burzichelli, Consigliere, Estensore

Giovanni Iannini, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/10/2011

IL SEGRETARIO

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