



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 Regionale di Giustizia Amministrativa

sezione autonoma di Bolzano

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 185 del 2011, proposto da:
Cooperativa Sociale A.R.L. Nonni Vigili - Schülerlotsen, in persona del suo legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Pierfrancesco Della Porta e Claudio Santarelli, con domicilio eletto presso lo studio dell' avv. Juri Andriollo in Bolzano, viale Stazione, 3;

contro

Comune di Merano, in persona del Vicesindaco p.t., rappresentato e difeso dall' avv. Elisabeth Pallhuber dell'Avvocatura comunale, con domicilio eletto presso il Consorzio dei comuni in Bolzano, via Canonico M.Gamper, 10;

nei confronti di

Cooperativa Csu di Bolzano, in persona del legale rappresentante p.t.;

per l'annullamento

- in parte qua (come specificato nei motivi), della lettera d'invito del 27 giugno 2011 (prot. 17910), con cui è stata indetta la gara informale per il servizio di coordinamento dei "nonni vigili";

- in parte qua (come specificato nei motivi), delle note/fax del Comune di Merano del 24 giugno 2011, entrambe senza protocollo, entrambe sottoscritte dalla Direzione della I ripartizione;
- della nota del Comune di Merano del 28 giugno 2011 n. 19874, di comunicazione dell'aggiudicazione provvisoria;
- in parte qua (come specificato nei motivi), del verbale di gara del 27 giugno 2011, comunicato il giorno successivo;
- della determinazione dirigenziale del 5 luglio 2011 n. 877, di approvazione del verbale di gara e di aggiudicazione definitiva e relativa nota di trasmissione del 12 luglio 2011 n. 21012;
- dell'avviso di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 122 del CCP, pubblicato il 15 luglio 2011;
- di ogni altro atto comunque connesso e conseguente e per la dichiarazione di inefficacia dell'eventuale contratto, con espressa e formale richiesta di subentro nello stesso all'esito dell'eventuale accoglimento del presente ricorso (qualora il contratto fosse stato medio tempore stipulato).

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Merano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatrice nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2011 Marina Rossi Dordi e uditi per le parti i difensori: avv. P. Della Porta per la ricorrente e avv. E. Pallhuber per il Comune di Merano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La cooperativa sociale a r.l. Nonni Vigili – Schülerlotsen di Bolzano impugna i provvedimenti specificati in epigrafe relativi alla procedura negoziata di cottimo fiduciario espletata dal Comune di Merano per l'affidamento del servizio di coordinamento dei “nonni vigili”, chiedendo anche la dichiarazione di inefficacia dell'eventuale contratto, con espressa richiesta di subentro nello stesso, in caso di accoglimento del ricorso.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi :

- 1.Violazione art. 70.5 CCP, difetto di motivazione;
- 2.Violazione art. 80.2 CCP e lettera di invito, difetto di motivazione, sviamento;
- 3.Violazione della lettera di invito, difetto di motivazione, sviamento;
- 4.Violazione dell'art. 72.3 CCP e della lettera di invito, difetto di motivazione, sviamento;
- 5.Omessa adozione di misure di secretazione dei plichi;
- 6.Travisamento dei fatti.

Con decreto presidenziale n. 114/2011, depositato in data 8 agosto 2011, i provvedimenti impugnati venivano provvisoriamente sospesi.

Con atto di data 17.8.2011 si costituiva il Comune di Merano chiedendo di dichiarare il ricorso irricevibile, inammissibile ed improcedibile e comunque di rigettarlo stante la sua infondatezza.

Con ordinanza n. 152/2011, assunta nella camera di consiglio del 23 agosto 2011, veniva confermata la sospensione dei provvedimenti impugnati e fissata la trattazione di merito del ricorso per l'udienza del 23 novembre 2011, in prossimità della quale entrambe le parti dimettevano memorie ad illustrazione delle rispettive tesi difensive ed alla pubblica udienza il ricorso veniva trattenuto in decisione.

In data 30 novembre 2011, ai sensi dell'art. 120, co 9, cod. proc. amm., veniva depositato in segreteria il dispositivo.

DIRITTO

Giova svolgere una breve premessa in fatto per meglio inquadrare la fattispecie all'esame.

La Giunta comunale di Merano decideva con delibera 17.5.2011 di indire una gara per l'affidamento del servizio di coordinamento dei "nonni vigili", al fine di garantire la sicurezza degli scolari nel percorso casa-scuola, per il periodo 1 settembre 2011 – 30 giugno 2013, per 10 mesi per ogni anno scolastico. Veniva bandita una gara informale ai sensi dell'art. 125 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, con rinvio al Regolamento comunale per l'esecuzione di lavori, forniture e servizi in economia, da aggiudicarsi in base al criterio del prezzo più basso e con lettera d'invito di data 9.6.2011 venivano invitate 6 cooperative, il prezzo base veniva fissato in euro 1.300,00 mensili, IVA esclusa, e quale termine per la consegna delle offerte veniva stabilito il giorno 27.6.2011.

Con fax trasmesso in data 24.6.2011 l'amministrazione comunale comunicava alle cooperative invitate che erano ammesse a partecipare alla gara sia le cooperative sociali (alle quali era riservata la partecipazione nella lettera d'invito) che quelle di servizi.

Il 27.6.2011 pervenivano due sole offerte: quella della Cooperativa CSU di Bolzano e quella della Cooperativa sociale arl Nonni vigili di Bolzano. Nella seduta pubblica di apertura delle buste, tenutasi sempre in data 27.6.2011, veniva rilevato che l'odierna ricorrente aveva offerto un prezzo pari a quello posto a base di gara e l'autorità di gara provvedeva di conseguenza ad escluderla, come risulta dal verbale di gara.

La gara terminava con l'aggiudicazione provvisoria alla migliore offerente, la Cooperativa C.S.U.

In data 5.7.2011 veniva approvato l'esito della gara ed il servizio di coordinamento dei nonni vigili aggiudicato in via definitiva alla controinteressata CSU e detta determinazione era comunicata alla Cooperativa nonni vigili. Il 18.7.2011

perveniva al Comune la nota di diffida e preavviso di ricorso ex art. 243 bis del Codice dei contratti, con invito ad annullare in autotutela gli atti ritenuti lesivi, con riammissione della ricorrente alla gara ed aggiudicazione in suo favore o, in subordine, a pervenire all'annullamento di tutti gli atti di gara ed all'integrale rinnovazione della stessa.

Con nota dd. 28.7.2011 il difensore della ricorrente provvedeva a diffidare l'Amministrazione dalla stipula del contratto con la CSU e lo stesso giorno notificava il ricorso all'esame.

Il contratto, stante anche la sospensione disposta con ordinanza n. 122/11 di questo Tribunale, assunta peraltro in dichiarata mancanza di opposizione del Comune resistente, non veniva stipulato.

Si può ora passare all'esame del merito del ricorso.

Va dapprima esaminata la questione della legittimità dell'esclusione della Cooperativa nonni vigili di Bolzano, operata dall'autorità di gara in esito alla verifica dell'offerta di un prezzo non inferiore a quello posto a base di gara, procedendo pertanto direttamente all'esame del secondo motivo che si appunta avverso l'esclusione dell'offerta della ricorrente.

La seconda doglianza attiene alla violazione dell'art. 82 del codice dei contratti e della lettera d'invito e difetto di motivazione, non ricavandosi dalla previsione normativa l'esclusione del concorrente che non abbia offerto un prezzo più basso di quello posto a base di gara e non risultando tale clausola espressa di esclusione nella lettera d'invito di data 10.6.2011.

Il rilievo non può trovare ingresso.

Nella lettera d'invito era specificato: "l'aggiudicazione avverrà a favore dell'offerta del prezzo più basso-prezzo unitario (art. 82, comma 2, lettera a) del D.Lgs. 163/2006)" e l'esclusione della ricorrente, come si legge nel verbale del 27.6.2011, è stata disposta con la presente motivazione: "stante il disposto dell'art. 82 del

D.Lgs. 163/2006, comma 1, non essendo il prezzo offerto dalla Cooperativa Sociale Nonni Vigili di Bolzano inferiore a quello posto a base di gara, la Cooperativa suddetta viene esclusa”.

La previsione normativa del criterio del prezzo più basso, di cui all’art. 82, emerge pianamente dalla semplice lettura della disposizione e non può prestarsi ad equivoci. L’articolo, al comma 1, recita: “Il prezzo più basso, inferiore a quello posto a base di gara, è determinato come segue” e sancisce pertanto che l’applicazione del criterio del prezzo più basso presuppone comunque che il prezzo offerto sia inferiore rispetto a quello posto a base di gara. In altri termini, non si tratta di un’aggiudicazione a favore del prezzo più basso fra quelli offerti in senso assoluto, ma a favore dell’offerta che indica il prezzo più basso, a condizione che la stessa sia inferiore all’importo posto a base di gara.

Da un tanto discende che l’offerta economica identica al prezzo a base di gara non rispetta la condizione sostanziale stabilita, a mente dell’art. 82, a fondamento della gara ed a presupposto dell’offerta, il cui requisito essenziale, come detto, quando la gara venga aggiudicata in base al criterio del prezzo più basso è di essere inferiore al prezzo posto a base della gara.

Una diversa interpretazione si verrebbe a porre in contrasto con i principi di trasparenza e di par condicio tra i partecipanti oltre a collidere con l’esigenza di economicità dell’azione amministrativa.

L’esclusione disposta rientra anche tra le ipotesi contemplate dall’art. 46, come novellato, del Codice dei contratti, stante il mancato adempimento ad una prescrizione del Codice (art. 82) espressamente riportata nella lettera d’invito.

Da quanto esposto discende la legittimità dell’esclusione operata.

Ed invero una volta accertata la legittimità dell’esclusione dalla gara di un concorrente, come insegna l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato a mezzo della decisione n. 4/2011, questi si trova nella medesima situazione di chi sia

rimasto estraneo alla gara, non conservando la legittimazione ad impugnare l'aggiudicazione al controinteressato. Un tanto anche nel caso, come quello di specie, in cui le concorrenti siano solo due, posto che il difetto di una posizione legittimante in capo alla ricorrente le sottrae l'interesse alla rinnovazione della procedura di gara, che era stato ravvisato sussistere in tali situazioni secondo la tesi formulata nella decisione n. 11/2008 dell'Adunanza Plenaria.

Non vanno pertanto esaminati gli ulteriori motivi svolti dalla Cooperativa sociale Nonni vigili di Bolzano nei confronti di varie fasi della procedura stante la loro irrilevanza per sopravvenuto difetto d'interesse che rende improcedibile l'impugnazione proposta avverso tutti gli atti specificati in epigrafe.

In conclusione il ricorso va rigettato per la parte relativa alla richiesta di annullamento dell'esclusione della ricorrente dalla gara e va dichiarato improcedibile in relazione a tutte le ulteriori richieste.

Va ancora evidenziato che con determinazione di data 24 agosto 2011, a firma della vicesegretaria generale, il Comune di Merano, in considerazione della circostanza relativa al mancato ricevimento della lista completa dei nonni vigili che sarebbero stati incaricati del servizio, da parte dell'aggiudicataria CSU, lista che sarebbe dovuta pervenire entro il 29 luglio, nell'ambito della verifica circa la sussistenza dei requisiti previsti nel bando, ha provveduto a revocare l'aggiudicazione e verrà pertanto effettuata una nuova gara per il coordinamento del servizio in questione.

Sussistono giustificati motivi, in considerazione sia del comportamento dell'Amministrazione, che avrebbe potuto specificare nella lettera d'invito che non erano ammesse offerte pari al prezzo base, per facilitare il compito ai concorrenti, che del valore della controversia e del carattere sociale dell'attività della ricorrente, per addivenire all'integrale compensazione delle spese di causa tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa, sezione autonoma di Bolzano, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo rigetta ed in parte lo dichiara improcedibile, come da motivazione.

Spese integralmente compensate.

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

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Lorenza Pantozzi Lerjefors, Presidente

Marina Rossi Dordi, Consigliere, Estensore

Hans Zelger, Consigliere

Peter Michaeler, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/02/2012

IL SEGRETARIO

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