

N. 00684/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01565/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Prima

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1565 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Utac Lines Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Domenico Tanzarella, Giuseppe Tanzarella, con domicilio eletto presso Ezio Tarantino in Lecce, piazzetta D'Enghien,1;

contro

Autorità Portuale di Brindisi, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale Stato, domiciliata in Lecce, via F.Rubichi 23;

nei confronti di

Autoservizi Daversa & Co Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Antonella Mastropaolo, con domicilio eletto presso Paolo Parigi in Lecce, viale Otranto N.86; Bis Srl Imbarchi e Sbarchi Brindisi;

per l'annullamento

del decreto presidenziale n. 320 del 10 settembre 2010 di aggiudicazione definitiva del "Servizio trasporto dei passeggeri e dei bagagli nel Porto di Brindisi"; del bando di gara, indetto con Decreto Presidenziale n. 186/2010

pubblicato sulla G.U.R.I. del 12 luglio 2010, ed in particolare, della "clausola sociale" nella parte in cui non permette la formulazione di un'offerta economica determinata; di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale, nonché della nota prot. 9968 dell' 8 ottobre 2010 dell'Autorità Portuale di Brindisi; della nota prot. 10082 del 12 ottobre 2010 dell'Autorità Portuale di Brindisi;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autorità Portuale di Brindisi e di Autoservizi Daversa & Co Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2011 il dott. Claudia Lattanzi e uditi l'avv. Domenico Tanzarella, anche in sostituzione dell'av. Giuseppe Tanzarella, per la ricorrente, l'avv. Musio, per l'Avvocatura dello Stato, e l'avv. Mastropaolo, per la controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Autorità Portuale, con decreto presidenziale n. 186/2010 del 27 maggio 2010, pubblicato sulla GURI del 12 luglio 2010, ha indetto una procedura concorsuale aperta, ex art. 55 d.lgs. 163/2006, per l'espletamento del servizio di trasporto dei passeggeri e dei bagagli nel Porto di Brindisi per la durata di 12 mesi con possibilità di eventuale proroga.

Nelle more dell'espletamento di tale procedura, con decreto, presidenziale n. 204 dell'8 giugno 2010, l'Amministrazione ha avviato una procedura negoziata urgente per garantire lo svolgimento del servizio durante il periodo estivo (tra il 15 giugno e il 15 settembre 2010).

La gara è stata poi aggiudicata all'attuale ricorrente, Utac Lines.

Con successivo decreto presidenziale del 2 luglio 2010, l'Amministrazione

ha annullato la gara indetta con decreto presidenziale n. 286/2010 e ha avviato un nuovo procedimento, sempre a evidenza pubblica, con scadenza al 25 agosto 2010.

La ricorrente, il 25 agosto 2010 (termine ultimo per la presentazione delle offerte), ha chiesto all'Amministrazione procedente che venisse revocato il bando ritenendo illegittima, per indeterminatezza, la clausola relativa all'assunzione del personale già in servizio.

Il 26 agosto 2010 l'Autorità portuale ha dichiarato provvisoriamente aggiudicataria del servizio l'ATI Autoservizi Daversa & Co. S.r.l./B.I.S. s.r.l., l'unica che aveva fatto un'offerta.

Con decreto presidenziale n. 320 del 10 settembre 2010 l'Amministrazione ha aggiudicato in via definitiva la gara all'ATI.

Lo stesso giorno, la ricorrente ha chiesto all'Autorità di accedere agli atti di gara per verificare la sussistenza dei requisiti richiesti dal bando di gara in capo all'ATI aggiudicataria e, il 16 settembre 2010, ha inviato all'Autorità portuale una mail con la quale ha comunicato ufficialmente "la rinuncia a qualsivoglia ricorso circa l'esito della gara di cui in oggetto".

L'Amministrazione prima (con nota dell'8 ottobre 2010) ha negato l'accesso agli atti di gara ritenendo la ricorrente priva dell'interesse all'accesso e, con successiva nota del 12 dicembre 2010, pur contestando la mancanza di interesse, ha fornito alla ricorrente le informazioni richieste.

Con il presente ricorso, la ricorrente ha impugnato il decreto presidenziale n. 320 di aggiudicazione definitiva e il bando di gara per i seguenti motivi:

1. Violazione "clausola sociale" del bando di gara; indeterminatezza dell'offerta economicamente vantaggiosa; violazione art. 2, comma 3, DPCM 117/1999.
2. Insussistenza dei requisiti di capacità tecnica richiesti per l'ammissione; violazione punto III.2.3) bando di gara; violazione dell'art. 4 lett. h) disciplinare di gara; violazione pag. 5 capitolato speciale.
3. Insussistenza dei requisiti di ammissione di capacità finanziaria;

violazione punto III.2.2) bando di gara; violazione dell'art. 4 lett. d) e terzo capoverso disciplinare di gara.

Deduce la ricorrente: che la clausola sociale è indeterminata e equivoca perché, mentre il bando stabilisce come data di riferimento per individuare il numero dei dipendenti da assumere quella della sua pubblicazione, il disciplinare di gara fissa per il medesimo scopo la data del 31 maggio 2010; che non è stata verificata la necessaria disponibilità dell'aggiudicataria del numero minimo di 40 carrelli; che una delle due imprese facenti parte dell'ATI aggiudicataria non ha dimostrato il possesso delle capacità economico-finanziarie richieste.

La ricorrente, inoltre, chiede l'accesso agli atti per visionare la documentazione dell'unica impresa partecipante.

L'Amministrazione si è costituita con atto del 26 ottobre 2010 e, il 2 dicembre 2010, ha depositato una memoria con la quale ha eccepito preliminarmente la carenza di legittimazione ad agire della ricorrente perché la stessa non ha partecipato alla procedura di gara e l'irricevibilità del ricorso perché tardivo. Nel merito ha rilevato che: la clausola sociale non è ambigua perché, da tutti gli atti di gara, si desume che il personale da assumere era quello impiegato dall'impresa già affidataria fino al 31 maggio 2010; la stazione appaltante ha definito con chiarezza gli elementi relativi all'offerta tecnica; il bando prevedeva che i concorrenti dichiarassero la disponibilità di 40 carrelli, e questa disponibilità, per l'ATI aggiudicataria, è comprovata dall'ordine di acquisto; il requisito di carattere economico-finanziario è garantito dalla capogruppo.

Con memoria del 13 novembre 2010, la ricorrente ha dedotto che le imprese che hanno costituito l'ATI aggiudicataria non potevano avere i requisiti di partecipazione alla gara perché la ditta BIS ha conseguito la licenza di noleggio autobus solo dopo l'aggiudicazione della gara mentre l'altra partecipante ha conseguito la licenza il 7 febbraio 2008 e quindi ha

svolto attività analoga a quella oggetto del servizio per un periodo inferiore a tre anni. Inoltre ha controdedotto in ordine all'eccepita tardività.

L'ATI aggiudicataria si è costituita con memoria del 15 novembre 2010 e ha eccepito l'inammissibilità del ricorso, perché la ricorrente ha comunicato ufficialmente la rinuncia a qualsivoglia ricorso circa l'esito della gara, nonché la tardività. Nel merito ha rilevato che la ricorrente aveva già dichiarato, con la domanda per effettuare il servizio durante il periodo estivo, la propria disponibilità ad assumere i lavoratori in precedenza impiegati; che l'ATI aggiudicataria ha invitato, con telegramma del 6 ottobre 2010, tutti i lavoratori precedenti a presentarsi per l'assunzione; che l'istituto della cooptazione, scelto dall'ATI aggiudicataria, determina la sola necessità che i requisiti sussistano in capo alla mandataria; che i carrelli erano stati ordinati.

La ricorrente, con motivi aggiunti del 17 dicembre 2010, ha proposto i seguenti ulteriori motivi: 1. Violazione di legge; insussistenza dei requisiti di ammissione alla gara; mancanza del requisito soggettivo della licenza di noleggio autobus con conducente ex d.lgs. 395/2000 in capo alla mandante cooptata; conseguente discriminatorietà nell'applicazione della clausola che prevede il possesso del requisito in capo a tutte le imprese costituenti l'ATI. 2. Violazione "clausola sociale" del bando di gara; eccesso di potere; indeterminatezza dell'offerta economicamente vantaggiosa; violazione art. 2, comma 3, d.p.c.m. 117/1999. 3. Insussistenza dei requisiti di ammissione di capacità tecnica; violazione punto III.2.3) bando di gara; violazione dell'art. 4 lett. h) disciplinare di gara; violazione pag. 5 capitolato speciale. 4. Insussistenza dei requisiti di ammissione di capacità finanziaria; violazione punto III.2.2) bando di gara; violazione dell'art. 4 lett. d) e terzo capoverso disciplinare di gara.

La ricorrente, nel reiterare le argomentazioni già avanzate con il ricorso originario, ha dedotto che la BIS s.r.l. non possedeva, al momento

dell'aggiudicazione, la licenza di noleggio autobus con conducente.

L'Amministrazione, con memoria del 29 dicembre 2010, ha rilevato che il requisito richiesto dal disciplinare di gara, relativo al possesso dell'abilitazione di trasportatore di viaggiatori su strada ai sensi del d.lgs. 395/2000 attuato con d.m. 161/2005, è cosa diversa dalla licenza comunale di noleggio, e che la BIS s.r.l. era in possesso di questo requisito sin dal 3 luglio 2008.

L'ATI aggiudicataria, con memoria del 24 gennaio 2011, ha controdedito, rilevando che i motivi aggiunti non sono stati notificati alla BIS s.r.l. e che il ricorso originario è stato notificato a quest'ultima ma ad un indirizzo errato.

Nella pubblica udienza del 9 febbraio 2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Ha carattere preliminare l'eccezione di inammissibilità perché l'impresa ricorrente non ha partecipato alla procedura di gara oggetto dell'impugnazione.

L'eccezione è fondata.

1. Occorre premettere che la giurisprudenza amministrativa e quella comunitaria hanno rilevato che in caso di presenza di c.d. clausole escludenti, che cioè impediscono la formazione dell'offerta, non è necessaria la previa presentazione della domanda di partecipazione ai fini dell'impugnazione del bando stesso. In particolare, la giurisprudenza comunitaria ha affermato la necessità di impugnare gli atti della procedura di gara qualora si assuma un'incidenza discriminatoria nei confronti delle proprie domande (C n. 230/02 e C. n. 26/03).

L'Adunanza plenaria n. 1/2003 ha chiarito che il bando è impugnabile autonomamente nelle parti nelle quali disponga di requisiti e condizioni che impediscono la partecipazione alla procedura, con l'effetto che l'esistenza

obiettiva dell'impedimento esonera il soggetto dal presentare un'inutile domanda di partecipazione.

È stato poi ritenuto che “quando la partecipazione alla procedura è preclusa dallo stesso bando, sussiste l'interesse a gravare la relativa determinazione a prescindere dalla mancata presentazione della domanda, posto che la presentazione della stessa si risolve in un adempimento formale inevitabilmente seguito da un atto di esclusione, con un risultato analogo a quello di un'originaria preclusione e perciò privo di una effettiva utilità pratica” (così Cons. St., sez. V, 19 marzo 2009, n. 1624, richiamata, insieme ad altra giurisprudenza da Cons. St., sez. V, 2 agosto 2010, n. 5069).

Un discorso diverso va fatto per l'impugnativa riguardante l'aggiudicazione da parte di un soggetto che non ha partecipato alla gara di cui si chiede l'annullamento.

Infatti, la domanda giudiziale volta alla caducazione degli atti di una procedura concorsuale di cui si contesti la legittimità presuppone che l'attore qualifichi e differenzi il proprio interesse in termini di attualità e concretezza, ex art. 100 c.p.c, mediante la proposizione della domanda di partecipazione alla gara e la formulazione della propria offerta (da ultimo Cons. St. sez. V, 12 luglio 2010, n. 4481).

2. Posti questi principi, l'impugnazione avverso l'aggiudicazione definitiva deve essere ritenuta inammissibile stante la mancata partecipazione alla gara in esame, perché “la domanda giudiziale volta alla caducazione degli atti di una procedura concorsuale di cui si contesti la legittimità presuppone che l'attore qualifichi e differenzi il proprio interesse in termini di attualità e concretezza ex art. 100 c.p.c. rispetto a quello della generalità dei consociati mediante la proposizione di una domanda di partecipazione alla gara o la formulazione della propria offerta, atteso che l'interesse tutelato in sede di ricorso giurisdizionale non può essere quello generico al rifacimento della

gara, proprio di tutte le imprese rimaste estranee al procedimento, bensì quello specifico ad una partecipazione finalizzata all'ottenimento dell'aggiudicazione, cui possono aspirare soltanto i partecipanti alla gara medesima” (Cons. St., sez. V, 12 ottobre 2010, n. 7402).

3. Per quanto riguarda, invece, l'impugnativa del bando è necessario verificare se la cd. clausola sociale possa essere ritenuta una clausola escludente, e quindi abbia determinato l'impossibilità di presentare la domanda di partecipazione,

Nel caso in esame, la ricorrente ha dedotto l'equivocità e l'indeterminatezza della clausola con cui si chiede “di dichiarare ad essere disponibili ad assumere e mantenere in servizio per la durata del contratto il personale impiegato”, laddove nel bando di gara viene indicato il personale impiegato “alla data di presentazione del bando”, mentre nel disciplinare di gara si fa riferimento al “personale impiegato dall'impresa fornitrice del servizio al 31.05.2010”.

In realtà, la clausola in questione non pone i dubbi interpretativi richiamati dalla ricorrente, perché –

come hanno rilevato le difese della resistente e della controinteressata e come risulta dagli atti del giudizio – la ricorrente, già in sede di aggiudicazione del servizio in via provvisoria per il periodo estivo, aveva dichiarato il proprio impegno ad assumere e mantenere in servizio per tutta la durata del contratto il personale impiegato dalla precedente impresa fornitrice al 31 maggio 2010; l'assegnazione del servizio in via provvisoria è stata poi prorogata fino alla data di scadenza del bando in esame, sicché il rispetto dell'impegno assunto in sede di assegnazione in via provvisoria avrebbe comportato che il personale impiegato alla data del 31 maggio avrebbe avuto la stessa consistenza di quello in servizio “alla data di presentazione del bando”.

Pertanto, è evidente come non sia rilevabile alcuna discrasia tra quanto

stabilito dal bando e quanto dal disciplinare, laddove è evidente che, in sede di presentazione dell'offerta, il personale di cui si doveva dichiarare la disponibilità all'assunzione era quello presente alla data del 31 maggio 2010.

In sostanza, nel caso in esame, la clausola c.d. sociale non può essere considerata una clausola escludente, tale da impedire la proposizione della domanda di partecipazione e, ai fini dell'impugnazione del bando, era onere della ricorrente presentare la domanda di partecipazione per radicare il suo interesse, ex art. 100 c.p.c, così come richiesto dalla giurisprudenza citata.

Inoltre, la ricorrente non può lamentare una mancata risposta alla sua richiesta di chiarimenti, dato che la stessa è stata formulata il 25 agosto 2010, mentre il termine ultimo per la presentazione di richieste di chiarimenti era fissato, sia nel disciplinare che nel bando, nella data del 4 agosto 2010.

4. In definitiva, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile, perché la ricorrente avrebbe dovuto presentare domanda di partecipazione sia ai fini dell'impugnazione dell'aggiudicazione, sia ai fini dell'impugnazione del bando.

5. Per quanto riguarda la richiesta di accesso formulata nel ricorso e reiterata nei motivi aggiunti questa è inammissibile per difetto di una condizione dell'azione.

Infatti, ai fini del riconoscimento del diritto di accesso ai documenti amministrativi, è necessario un interesse personale e differenziato alla visione degli atti, interesse che sussiste allorché il soggetto richiedente sia titolare di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo, o vanti, comunque, un interesse differenziato e qualificato all'ostensione, finalizzato alla tutela di situazioni giuridiche soggettive anche soltanto future.

Nel caso in esame, poiché la ricorrente non ha un interesse qualificato a

contestare gli atti della gara in questione, non avendo partecipato a questa, non è neanche titolare di un interesse personale e differenziato ad accedere agli atti per visionare la documentazione dell'unica impresa partecipante.

6. In conclusione il ricorso deve essere dichiarato inammissibile.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Prima definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara l'azione impugnatoria in parte irricevibile e in parte inammissibile. Inammissibile quanto all'istanza di accesso.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Cavallari, Presidente

Massimo Santini, Referendario

Claudia Lattanzi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/04/2011

IL SEGRETARIO

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