

N. 02126/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01568/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1568 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Banco di Sicilia Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Mario Giudice e Andrea Zanetti, con domicilio eletto presso l'avv. Tito Monterosso in Catania, via V.E.Orlando, 56;

contro

Provincia Regionale di Catania, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Mineo, con domicilio eletto presso l'Avvocatura dell'Ente in Catania, via Centuripe N.8;

nei confronti di

Credito Siciliano Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Salvatore Mazza e Franco Maria Merlino, con domicilio eletto presso Salvatore Mazza in Catania, via V.E. Orlando,15;

per l'annullamento

- del bando di "procedura aperta. Affidamento poliennale in convenzione del servizio di Tesoreria dell'Ente, per il periodo di durata con decorrenza

- 2010, successiva alla stipula, e termine a scadenza cinque anni” spedito per la pubblicazione su GUCE il 4.2.2010;
- del disciplinare di gara e relativi allegati;
 - dello schema di Convenzione per la gestione del servizio di Tesoreria;
 - delle note di chiarimenti sui quesiti formulati dai ricorrenti emanate dalla Provincia di Catania;
 - della nota della Provincia di Catania, III Dipartimento - VII Servizio Procedure di appalto, prot. n. 40806 dell'11 maggio 2010,
 - del verbale della seduta di gara dell'11 maggio 2010;
 - della Determinazione Dirigenziale n. 37 del 3.5.2010 di nomina della Commissione giudicatrice, nonché della nota n. 37842 del 3.5.2010;
 - di ogni atto comunque connesso.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia Regionale di Catania e di Credito Siciliano Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 luglio 2011 il dott. Maria Stella Boscarino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

PREMESSO che col ricorso in epigrafe, notificato il 10.6.2010 e depositato il 14.6.2010, la ricorrente ha impugnato il provvedimento della commissione di gara di aggiudicazione della procedura per l'affidamento poliennale in convenzione del servizio di Tesoreria della Provincia Regionale di Catania e di Credito Siciliano Spa, in uno con gli atti presupposti, incluso il bando (pubblicato all'Albo Pretorio dal 9 febbraio al

26 marzo 2010, inviato alla G.U.C.E. il 9.2.2010 e pubblicato in G.U.R.S. il 19.3.2010) e l'atto di nomina della commissione stessa;

- che da tale gara (da aggiudicarsi con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa) il Banco di Sicilia veniva escluso avendo il seggio ritenuto che la dichiarazione di cui al punto 10 dell'all. A 1) al disciplinare di gara fosse difforme dalle prescrizioni della lex specialis, non contenendo l'accettazione incondizionata e senza riserva alcuna degli atti di appalto, ma recando una iscrizione aggiuntiva condizionante l'apertura creditizia ad enti partecipati <a seguito di favorevole valutazione/deliberazione di volta in volta assunta dal Banco, qualora aggiudicatario>;

PREMESSO che la ricorrente lamenta:

- 1) illegittima composizione della commissione di valutazione, in quanto formata da un numero dispari di componenti;
- 2) incompetenza, a causa dell'illegittima composizione della commissione;
- 3) illegittimità, nel merito, dell'atto di esclusione;
- 4) in subordine, illegittimità del bando;

RILEVATO che sia l'Amministrazione intimata che la controinteressata, costitutesi in giudizio, hanno sollevato eccezioni in rito, precisamente tardività del ricorso della parte della impugnazione riferita al bando di gara e, conseguentemente, inammissibilità delle censure, e, nel merito, hanno difeso la legittimità degli atti impugnati, sotto tutti i profili oggetto di censura;

- che il provvedimento cautelare richiesto dalla ricorrente è stato negato con ordinanza n. 845/2010;

RILEVATO che la ricorrente ha proposto motivi aggiunti, notificati il 23.5.2010, impugnando l'aggiudicazione definitiva e chiedendo la declaratoria di inefficacia della convenzione e la condanna al risarcimento dei danni, riproponendo le censure di cui al ricorso introduttivo ed

ulteriormente argomentando circa l'illegittimità del bando;

RILEVATO che le parti hanno prodotto memorie in vista dell'udienza, insistendo nelle rispettive deduzioni.

CONSIDERATO IN

DIRITTO

- che il Collegio ritiene di dover esaminare i motivi di ricorso alla luce delle indicazioni ritraibili dalla pronuncia cautelare in appello (ordinanza del C.G.A. n.745/2010);

- che, al riguardo, pur dovendosi riaffermare – come si vedrà infra- l'infondatezza del motivo di ricorso con cui è stata censurata l'esclusione dell'offerta e la tardività dei motivi rivolti avverso il bando, effettivamente la ricorrente ha –comunque- interesse allo scrutinio del primo motivo di ricorso, ritenendo, correttamente, che la propria offerta dovesse essere valutata da una commissione legittimamente costituita;

- CONSIDERATO, nel merito, che il ricorso è fondato con riguardo alla esiziale censura (primo e secondo motivo) di illegittima composizione della Commissione giudicatrice, nominata, con Determinazione Dirigenziale n. 37 del 3.5.2010 , nelle persone dei dott.ri Di Guardo (Presidente), Recupero (componente) e Sigg.ri Signorelli e Zodiaco (entrambi testualmente "componenti");

- che la circostanza che la Commissione sia stata formata con quattro componenti risulta confermata dal verbale n.1, nel quale il componente Zodiaco Concetta ha assunto “anche” la funzione di segretario verbalizzante, con ciò confermandosi che la commissione ha operato con quattro componenti, uno dei quali ha assunto “anche”, cioè in aggiunta, il compito di segretario;

- che la costituzione della commissione giudicatrice con un numero di componenti dispari viola l'art.84, comma 2, d.lg. n. 163/2006 (alla stregua del quale, quando la scelta della migliore offerta avviene con il criterio

dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la commissione deve essere composta da un numero dispari di componenti, in numero massimo di cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto): in proposito la Giurisprudenza ha precisato che l'art. 84, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 prescrive che le commissioni di gara pubblica siano composte, a pena di illegittimità, da un numero dispari di membri, onde assicurare la funzionalità del principio maggioritario per la formazione del quorum strutturale, ai fini del calcolo della maggioranza assoluta dei componenti (T.A.R. Piemonte Torino, sez. II, 07 luglio 2010 , n. 3016);

- peraltro, per pacifica Giurisprudenza, la norma in questione costituisce espressione di un principio generale in materia : ex multis Consiglio Stato , sez. V, 02 novembre 2009 , n. 6713, secondo il quale “le commissioni giudicatrici delle gare indette per l'aggiudicazione di appalti con la p.a. devono essere necessariamente composte da un numero dispari dei membri onde assicurare la funzionalità del principio maggioritario, con la conseguenza che è illegittima, con effetti viziati l'intero procedimento, la commissione che opera con la partecipazione o numero pari di membri”; T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 27 novembre 2009 , n. 5200, secondo il quale “risponde ad un principio generale che tutte le commissioni di gara -non solo quelle giudicatrici disciplinate dall'art. 84 del d.lgs. 163/2006- al pari di ogni collegio amministrativo, debbano essere composte da un numero dispari di membri al fine di assicurare la funzionalità del principio maggioritario” ;

- ne consegue illegittimità della nomina impugnata e , derivatamente, dell'operato del seggio di gara in questione;

RITENUTO, quanto al ricorso per motivi aggiunti (relativo agli atti successivamente adottati dall'Amministrazione), che la fondatezza dello stesso discende dalle superiori conclusioni circa la illegittimità delle operazioni di gara;

- che, viceversa, risultano infondati i motivi di ricorso avverso l'esclusione, avendo la ricorrente presentato una dichiarazione oggettivamente difforme dalle prescrizioni della lex specialis della gara, impugnata, però, tardivamente (con il III° motivo del ricorso);

- infatti, correttamente l'offerta è stata ritenuta, dalla stazione appaltante, condizionata e pertanto difforme dalla lex specialis, avendo previsto (quanto al contenuto del penultimo comma dell'art. 4 dello schema di convenzione ed al punto d) del disciplinare di gara) la possibilità dell'estensione del servizio di tesoreria alle istituzioni dell'ente e alle società di capitali interamente partecipate dalla Provincia, di volta in volta, a seguito di favorevole valutazione/deliberazione da parte del Banco di Sicilia S.p.A., qualora aggiudicatario, discostandosi così dal bando e disciplinare di gara, che, invece, imponevano l'accettazione incondizionata delle prescrizioni attinenti al servizio di tesoreria, ivi inclusa l'estensione di cui si è detto;

- che le eccezioni di tardività, sollevate dalle parti resistenti, circa l'impugnazione della lex specialis della gara, siccome avvenuta solo a seguito della mancata aggiudicazione, sono fondate, atteso che la ricorrente avrebbe dovuto impugnare le clausole (del bando e disciplinare) in questione, in quanto sanzionate con la esclusione in caso di inosservanza, entro i prescritti termini decadenziali decorrenti dalla scadenza del termine per la presentazione delle offerte (2 aprile 2010);

CONSIDERATO, infine, che la domanda volta alla declaratoria di inefficacia del contratto e la connessa domanda risarcitoria, introdotte con i motivi aggiunti, non possono trovare accoglimento, atteso che non sussiste il nesso di causalità tra l'esclusione impugnata e il mancato svolgimento del servizio da parte della ricorrente, dato che nulla prova (stante la illegittimità degli atti riscontrata dal Collegio per vizio formale attinente alla composizione della Commissione) che la ricorrente sarebbe stata

sicuramente aggiudicataria; anzi, la voluta inosservanza delle prescrizioni della lex specialis della gara rendono all'evidenza inverosimile una detta evenienza;

CONSIDERATO, comunque, che l'annullamento della nomina della Commissione e di tutti gli atti della gara è, di per sé, suscettibile di ristorare il pregiudizio patito dalla ricorrente, nella doverosa comparazione con gli interessi sottesi alla stabilizzazione degli effetti dell'aggiudicazione fino alla data di deposito della presente sentenza;

Ritenuto che, conclusivamente, il ricorso dev'essere accolto, nei sensi e limiti di cui sopra, previo assorbimento degli ulteriori profili non esaminati, con conseguente annullamento degli atti impugnati;

- che sussistono eccezionali ragioni per disporre la compensazione delle spese di giudizio, avuto riguardo alla parziale soccombenza;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, e sui motivi aggiunti:

- accoglie il ricorso introduttivo e per motivi aggiunti, nei sensi e limiti di cui in motivazione;

- compensa integralmente tra le parti spese ed onorari di giudizio.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 20 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Gabriella Guzzardi, Consigliere

Maria Stella Boscarino, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/08/2011

IL SEGRETARIO

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