

N. 00205/2012 REG.PROV.COLL.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 355 del 2011, proposto da:

La Baita Associazione Sportiva Dilettantistica in Pers. del Leg. Rappres. P.T., rappresentato e difeso dall'avv. Angela Baranello, con domicilio eletto presso Angela Baranello in Campobasso, via Nobile, 11;

contro

Liceo Scientifico "A.Romita" di Campobasso in Pers. del Leg. Rappres. P.T., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale Stato, domiciliata per legge in Campobasso, via Garibaldi, 124;

nei confronti di

Associazione Polisportiva Dilettantistica Galassport in Pers. del Leg. Rappres. P.T., rappresentato e difeso dagli avv. Giuseppe Ruta, Margherita Zezza, con domicilio eletto presso Giuseppe Ruta Avv. in Campobasso, C/So Vitt. Emanuele, 23;

per l'annullamento

del provvedimento con il quale la Commissione giudicatrice presso il Liceo scientifico A. Romita di Campobasso ha aggiudicato alla società controinteressata la procedura negoziata mediante cottimo fiduciario per l'utilizzo di impianti sportivi per il periodo ottobre - maggio 2012 provvedimento adottato in data 13.9.2011, mai pubblicato e comunicato alla società ricorrente con nota datata 3.10.11 successivamente pervenuta e di ogni altro atto o provvedimento presupposto, conseguente o comunque connesso, nonchè per il risarcimento dei danni

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Liceo Scientifico "A.Romita" di Campobasso in Pers. del Leg. Rappres. P.T. e di Associazione Polisportiva Dilettantistica Galassport in Pers. del Leg. Rappres. P.T.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2012 il dott. Massimiliano Balloriani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

L'associazione ricorrente ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione, del 13.9.2011, alla controinteressata, della procedura negoziata per la scelta del contraente per la locazione di impianti sportivi per il periodo ottobre-maggio 2012.

La medesima, inoltre, ha chiesto la condanna al risarcimento del danno da “mancato affidamento del servizio di utilizzazione”, nella misura di 40.000 euro (a tal proposito, è appena il caso di osservare, su specifico rilievo dell’avvocatura erariale, che l’uso della virgola al posto del punto – “40,000” - non rende incerta la richiesta né tantomeno la limita a 40 euro, atteso che nel nostro sistema numerico posizionale, è il numero di zeri che assegna, appunto, per posizione, il valore di migliaia alla 4^a posizione in poi; mentre non ha alcuna ragione indicare tre zeri – e non al massimo due, come si usa fare per indicare l’assenza di centesimi di euro - dopo la virgola se non sono seguiti da un numero: in sostanza si tratta di un mero errore ictu oculi rilevabile).

La ricorrente, poi, nello specificare il modo di calcolo del risarcimento richiesto, lo riconduce inequivocabilmente nell’ambito dell’interesse positivo, allorchè chiede il lucro cessante nella misura del 10% del prezzo offerto.

Dal ricorso emerge, pertanto, che, secondo la prospettazione di parte, la ricorrente avrebbe diritto all’aggiudicazione del contratto, se non altro per aver offerto il prezzo più basso.

Quest’ultima, in sostanza, lamenta: 1) la violazione dell’articolo 125 del d.lgs. n.163 del 2006, atteso che la lettera d’invito richiedeva solo la formulazione dell’ammontare del compenso orario per l’uso dei campi sportivi e specificava che la migliore offerta sarebbe stata selezionata con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa; mentre poi la gara è stata aggiudicata alla controinteressata che ha offerto un prezzo sensibilmente più alto (28,00 euro ora per campo a fronte dei 18,00 euro richiesti dalla ricorrente), con una motivazione del tutto “libera”, secondo cui l’offerta “è più completa per gli impianti messi a disposizione ed inclusione delle lezioni di scherma; la struttura è ubicata in Campobasso, in una zona della città raggiungibile dalla navetta in tempi contenuti con conseguente recupero di tempo prezioso al fine dello svolgimento dell’attività didattica”; cioè tutti elementi che non erano contenuti nella lettera d’invito; la ricorrente, inoltre, contesta anche, con una relazione documentata, che la sede dell’aggiudicataria sia più facilmente raggiungibile; 2) privilegiare l’ubicazione in Campobasso, inoltre, sarebbe un comportamento ingiustificatamente restrittivo della concorrenza; 3) sarebbe stato violato il principio di rotazione, atteso che l’associazione Galassport aveva già locato all’istituto resistente i campi sportivi; 4) ai sensi dell’articolo 83 del d.lgs. n.163 del 2006 e dell’articolo 334 comma 1 lett. d) del d.p.r. n.207 del 2010, la commissione non avrebbe potuto integrare i criteri stabiliti nella lex specialis, la quale avrebbe dovuto, altresì, indicare gli elementi di valutazione, essendo stato adottato il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

La controinteressata si è costituita ed ha evidenziato che il contratto con l’amministrazione aggiudicatrice è stato già stipulato a far data dal 1 ottobre 2011 e che “le attività sono attualmente in fase di svolgimento”; la stessa, inoltre (e sul punto la difesa coincide con quella erariale), avrebbe offerto un prezzo complessivamente minore, avendo offerto due campi gratis (quello da beach volley e quello da tennis), e quindi: $28 \times 3 : 5 = 16,80$ euro a campo.

Sia l’avvocatura erariale che la controinteressata, poi, hanno rilevato che, nel caso del cottimo fiduciario di cui all’articolo 125 del d.lgs. n.163 del 2006, si applicano solo i principi e non tutte le procedure previste per le procedure aperte e ristrette; e ciò varrebbe anche per i criteri indicati dall’articolo 83 del d.lgs. n.163 del 2006, per l’affidamento con il metodo dell’offerta economicamente più vantaggiosa, che si riferirebbe solo alle gare ordinarie e, per il cottimo, avrebbe dunque solo valore indicativo.

Dai documenti depositati e dalle memorie di parte, inoltre, è emerso che il contratto è stato effettivamente stipulato il 1.10.2012, mentre la comunicazione dell’aggiudicazione (fatta con nota del 3.10.2012), è stata ricevuta dalla ricorrente solo in data 5.10.2012.

A tal proposito, l'avvocatura erariale ha rilevato, da un lato, che tale violazione dell'articolo 11 comma 10 del d.lgs. n.163 del 2006 (cd. stand still) è stata proposta solo con memoria e non con motivi aggiunti notificati, dall'altro, che, in ogni caso, la ricorrente avrebbe ricevuto, ben prima, comunicazione orale dell'esito della gara (e, a tal proposito, l'avvocatura, ove necessario, chiede l'ammissione di prova testimoniale).

1.- Quanto a tale ultimo aspetto, il Collegio rileva che il comma 10 cit. prevede testualmente che "Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'articolo 79".

Sia il dato testuale (che fa esplicito riferimento all'invio di una comunicazione) sia il principio generale, secondo cui l'amministrazione, salvo casi eccezionali e tipici, adotta atti formali e scritti (che, tra l'altro, se sfavorevoli al destinatario hanno efficacia solo dalla loro notifica, cfr. art. 21 bis della legge n.241 del 1990), depongono nel senso che la comunicazione scritta dell'aggiudicazione non può essere surrogata da una mera notizia orale e informale.

Ne consegue che, nel caso di specie, appare palesemente violato il disposto di cui all'articolo 11 comma 10 cit. (inoltre, atteso che il cd. stand still è riconducibile all'obbligo di trasparenza, richiamato dall'articolo 125 del d.lgs. n.163 del 2006, esso trova applicazione anche nel caso di cottimo fiduciario da tale norma disciplinato, cfr. Tar Firenze, sentenza n.6570 del 2010)

2.- Quanto alla mancata predeterminazione dei criteri, come illustrato nella premessa in fatto, la lettera di invito si limitava a prevedere solo l'indicazione del prezzo e ad optare per la scelta secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

A tal proposito, il Collegio rileva che la procedura negoziata di cui all'articolo 125 del d.lgs. n.163 del 2006, pur caratterizzata da maggior snellezza e semplicità, non può abdicare ai principi fondamentali in materia di aggiudicazione di contratti pubblici, come si desume dal medesimo articolo, il quale, al comma 2, prevede che "l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento".

Ciò premesso, è altresì evidente che il principio di predeterminazione dei criteri, nel caso di scelta secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, enunciato all'articolo 83 del d.lgs. n.163 del 2006, è riconducibile a quello di trasparenza e parità di trattamento (cfr. T.A.R. L'Aquila, sentenza 7 aprile 2011 n. 182).

Ne consegue che l'amministrazione, nel caso di specie, avrebbe dovuto predeterminare i criteri in modo adeguato, da un lato, a mettere tutti i concorrenti nella medesima posizione conoscitiva in ordine alle esigenze della stazione appaltante, dall'altro, a vincolare la successiva valutazione alle caratteristiche richieste e predeterminate; ciò, pur senza assegnare in modo rigido un punteggio ad ogni criterio, secondo quanto previsto dall'articolo 83 del d.lgs. n.163 del 2006, essendo la procedura negoziata, di cui all'articolo 125 del medesimo d.lgs., caratterizzata da maggiore semplicità.

3.- Ciò premesso, in via generale l'articolo 121 lett. c) del c.p.a. prevede la possibilità di dichiarare l'inefficacia del contratto, nel caso di violazione dello stand still, se ciò abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento; nel caso in esame, tuttavia, la ricorrente non ha dato prova sufficiente di meritare l'aggiudicazione del contratto in luogo della controinteressata (quindi, a tal fine, si può soprassedere all'esame dell'eccezione dell'avvocatura, circa l'irrituale proposizione della relativa censura da parte della ricorrente).

Difatti, come emerge chiaramente dalla lettera d'invito e come prospettato nel ricorso stesso, l'amministrazione ha proceduto secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e, non avendo predeterminato i criteri, non è possibile stabilire, senza sostituirsi all'amministrazione (in attività inespressa), chi avrebbe potuto aggiudicarsi la gara; a ciò non essendo evidentemente sufficiente il solo fatto di aver offerto un prezzo minore per ciascuna ora (circostanza anche dubbia, in relazione alle difese delle resistenti che hanno evidenziato il maggior numero di campi offerti dall'aggiudicataria).

Anche alla luce dei criteri di cui all'articolo 122 del c.p.a., il Collegio ritiene di non poter dichiarare l'inefficacia del contratto, atteso che, da un lato, come già osservato, la ricorrente non ha dimostrato la sua possibilità di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati ma solo l'illegittimità dell'intera procedura (con conseguente fondatezza solo di quest'ultima domanda), dall'altro, lo stato di esecuzione del contratto (la cui durata è prevista da ottobre 2011 a maggio 2012) è ormai giunto ad un punto tale da essere prossimo alla scadenza.

4.- Ai sensi dell'articolo 121 comma 4 c.p.a., nei casi in cui, nonostante le violazioni, il contratto sia considerato efficace (come nel caso di specie), si applicano le sanzioni alternative di cui all'articolo 123 e tali sanzioni si applicano, ai sensi dell'articolo 123 comma 3, anche nei casi, come quello in esame, in cui il contratto sia stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'articolo 11 comma 10 cit..

Sul punto il Collegio ritiene che ci sia stato anche sufficiente contraddittorio tra le parti, sia perché esse hanno abbondantemente dedotto in ordine ai presupposti di illegittimità della gara, di efficacia del contratto e di mancato rispetto del termine di stipula, dalla comunicazione dell'aggiudicazione; sia perché hanno comunque percepito chiaramente la possibile applicazione di tali sanzioni (cfr., ad esempio, pag. 7 nota 2 della memoria del 14.2.2012 dell'Avvocatura dello Stato).

Vi sono, pertanto, ad avviso del Collegio, le condizioni per ritenere che non appare necessario richiedere ulteriori memorie alle parti, ai sensi dell'articolo 73 comma 3 del c.p.a., richiamato dall'articolo 123 comma 2.

Per quanto riguarda, poi, l'eccezione dell'Avvocatura dello Stato, secondo cui la violazione dell'articolo 11 comma 10 del d.lgs. n.163 del 2006 doveva essere introdotta con motivi aggiunti e non con semplice memoria, il Collegio ritiene sufficiente evidenziare che si tratta di una questione rilevabile d'ufficio, ai sensi dell'articolo 123 comma 3 del c.p.a..

Ne consegue che sussistono i presupposti per l'applicazione delle sanzioni alternative di cui all'articolo 123 c.p.a..

Il Collegio, per le ragioni esposte in ordine all'avanzata esecuzione del contratto, ritiene adeguata la sola sanzione di cui alla lettera a) del medesimo articolo 123, che prevede "a) la sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante, di importo dallo 0,5% al 5% del valore del contratto, inteso come prezzo di aggiudicazione, che è versata all'entrata del bilancio dello Stato – con imputazione al capitolo 2301, capo 8 "Mulle, ammende e sanzioni amministrative inflitte dalle autorità giudiziarie ed amministrative, con esclusione di quelle aventi natura tributaria" – entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che irroga sanzione; decorso il termine per il versamento, si applica una maggiorazione pari ad un decimo della sanzione per ogni semestre di ritardo.

Nel caso di specie, inoltre, considerata la gravità della condotta della stazione appaltante, nella totale assenza di predeterminazione di criteri di valutazione delle offerte, ritiene adeguato l'importo pari al 5% del valore del contratto.

Tale valore non è agevolmente desumibile dalla documentazione versata in atti, e pertanto se ne rimette la liquidazione alla medesima amministrazione, calcolando l'importo finora versato all'aggiudicataria e quello che si presume sarà ad essa versato fino a scadenza, tenuto conto delle ore previste di utilizzo dei campi sportivi (secondo il calendario predeterminato dal Liceo scientifico), al prezzo stabilito dal contratto.

5.- La domanda di risarcimento del danno per equivalente è infondata.

Si è evidenziato, infatti, che la ricorrente non ha dimostrato di meritare l'aggiudicazione della gara, ma solo l'illegittimità di quest'ultima, e pertanto, non avendo una pretesa meritevole di tutela ad essere parte del rapporto contrattuale, il relativo interesse positivo non può ricevere neanche tutela risarcitoria per equivalente (cioè non ha diritto al profitto che avrebbe ricavato dall'esecuzione del contratto).

Inoltre, l'illegittimità ha travolto tutta la gara dal momento dell'invio della lettera d'invito, quindi anche la partecipazione ad essa ne resta coinvolta, e pertanto non è idonea a sorreggere una legittima pretesa all'aggiudicazione.

Trattandosi, poi, di procedura valutativa, secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa, le chance esulano da una determinazione di tipo matematico-statistico, come invece accade per l'offerta con il prezzo più basso (e quindi il danno non può essere risarcito, con un criterio matematico-probabilistico, basandosi cioè sul profitto sperato - pari al 10% dell'importo a base di gara - diviso per i partecipanti).

6.- Le spese, compensate in parte, per la restante porzione, indicata in dispositivo, vengono poste a carico della resistente e della controinteressata, in parti uguali tra loro e in solido, secondo il criterio della soccombenza.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

- 1.- Dichiaro fondata la domanda dichiarativa di illegittimità, contenuta in quella di annullamento dell'aggiudicazione;
- 2.- Dichiaro infondata la domanda di aggiudicazione e di risarcimento del danno per equivalente;
- 3.- Fa salvi gli effetti del contratto, stipulato tra la stazione appaltante e l'aggiudicataria resistente il 1.10.2011;
- 4.- Condanna la stazione appaltante alla sanzione pecuniaria, di importo pari al 5% del valore del contratto, da determinarsi secondo quanto indicato in motivazione, che deve essere versata all'entrata del bilancio dello Stato – con imputazione al capitolo 2301, capo 8 “Mulle, ammende e sanzioni amministrative inflitte dalle autorità giudiziarie ed amministrative, con esclusione di quelle aventi natura tributaria” – entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della presente sentenza; decorso il termine per il versamento, si applica una maggiorazione pari ad un decimo della sanzione per ogni semestre di ritardo.

5.- Dispone la comunicazione della presente sentenza, a cura della segreteria, al Ministero dell'economia e delle finanze (che potrà così controllare anche l'esattezza dell'importo versato) entro cinque giorni dalla pubblicazione.

6.- Condanna l'amministrazione, al pagamento, in favore della ricorrente della somma complessiva di euro 2.000,00, a titolo di spese processuali oltre al contributo unificato come per legge.

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

Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Goffredo Zaccardi, Presidente

Luca Monteferrante, Consigliere

Massimiliano Balloriani, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/05/2012

IL SEGRETARIO

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