

N. 03174/2012 REG.PROV.COLL.
N. 02533/2012 REG.RIC.



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 Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 2533 del 2012, proposto da:

Ristorazione e Servizi Per Comunità S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Cataldo Giuseppe Salerno, con domicilio fissato ai sensi dell'art. 25 c.p.a. presso la Segreteria del T.A.R. Lombardia in Milano via Corridoni 39

contro

Comune di Eupilio, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Rusconi, con domicilio eletto presso il suo studio, in Milano, via Vincenzo Monti 8;

nei confronti di

Cir Food S.C., non costituita in giudizio.

per l'annullamento

del provvedimento di annullamento d'ufficio della procedura ad

invito per la concessione del servizio di ristorazione scolastica, di cui al verbale del 10.9.2012;

di ogni altro atto, compresa la comunicazione del 28.9.2012, in riscontro alla comunicazione ex art 243 bis D. L.gs. 163/2006.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2012 la dott.ssa Silvana Bini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto l'art. 60 cod. proc. amm. che consente al giudice amministrativo, adito in sede cautelare, di definire il giudizio con "sentenza in forma semplificata", ove la causa sia di agevole definizione nel rito o nel merito e ritenuto di potere adottare tale tipo di sentenza, attesa la evidente fondatezza del ricorso;

Sentite sul punto le parti costituite, le quali non hanno manifestato osservazioni oppostive;

Considerato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue:

I) Con il presente ricorso la società Ristorazione e Servizi per Comunità (da ora anche solo Ristorazione), ha impugnato il provvedimento del Comune di Eupilio, con cui è stata disposto l'annullamento della procedura per la concessione del servizio di ristorazione scolastica, da aggiudicarsi secondo il sistema dell'offerta

economicamente più vantaggiosa.

Come emerge dal verbale della seduta del 10.9.2012, il Presidente della gara, dopo aver verificato che erano state presentate due offerte, ha proceduto alla apertura della prima, presentata dalla Società Cir Food, odierna controinteressata, rilevando la mancanza della cauzione provvisoria “peraltro non richiesta tra la documentazione da presentare”.

Avendo quindi ravvisato l'irregolarità della *lex specialis*, per l'omissione della richiesta di cauzione provvisoria, come previsto dall'art 75 del D. L.gs. 163/2006, il Presidente ha stabilito di provvedere in via di autotutela all'annullamento d'ufficio di tutta la procedura, dando comunicazione di tale scelta tramite P.E.C. alle ditte interessate.

Dopo la presentazione della comunicazione ex art 243 bis D. L.gs. 163/2006, cui l'Amministrazione ha dato riscontro con la nota del 28.9.2012, la Società Ristorazione ha presentato il presente ricorso, articolando le seguenti censure:

1) violazione del principio di eterointegrazione degli atti di gara; violazione ed omessa applicazione dell'art 75 c. 1 del D. Lgs. 163/2006; violazione del principio di buona fede oggettiva e di correttezza nella fase precontrattuale e dell'art 1337 c.c.; eccesso di potere per grave difetto di istruttoria: ciascun concorrente era tenuto a presentare la cauzione provvisoria, pur nel silenzio della *lex specialis*, in quanto adempimento previsto dall'art 75 del Codice degli appalti;

2) violazione e omessa applicazione dell'art 84 c. 1 e c. 4 del D. Lgs. 163/2006; violazione del principio di imparzialità e dei principi che presiedono alla formazione degli organi collegiali; violazione dell'art 30 comma 3 del D. Lgs. 163/2006: la commissione di gara avrebbe operato in condizioni di irregolarità, in quanto composta da un solo soggetto.

Parte ricorrente chiede in via principale la condanna al risarcimento dei danni mediante reintegrazione in forma specifica o in subordine per equivalente e in ogni caso, in estremo subordine, per responsabilità precontrattuale.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione comunale intimata, chiedendo il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 28 novembre 2012 il ricorso veniva trattenuto in decisione, ai sensi dell'art 60 cod. proc. amm.

II) Il ricorso è fondato e merita di essere accolto.

2.1 Va premesso che la ricorrente ha interesse a fare vale l'illegittimità del provvedimento impugnato, in quanto a seguito dell'eventuale accoglimento del ricorso, la stazione appaltante può procedere all'apertura delle offerte economiche e quindi alla conclusione della gara.

2.2 L'annullamento è stato disposto con la seguente testuale motivazione: *“la mancanza nella lettera invito della presentazione della cauzione provvisoria da parte dei partecipanti, ai sensi dell'art 75 del D. Lgs. 163/2006 costituisce motivo di illegittimità della stessa e pertanto ragione di doveroso annullamento della lettera medesima da parte della stazione appaltante”*.

Secondo la tesi della società ricorrente la mancata indicazione nella lex specialis dell'obbligo di presentare la cauzione provvisoria non doveva indurre all'annullamento della gara, ma alla esclusione della società controinteressata: l'art 75 del D. L.gs. 163/2006 è norma imperativa, che deve trovare applicazione, in forza del principio di eterointegrazione, in caso di previsioni generiche della lex specialis.

Sostiene invece l'Amministrazione che il servizio in oggetto è ricompreso tra quelli elencati nell'All. II B del D. L.gs. 163/2006, disciplinati dall'art 20 del Codice, secondo il quale non trova applicazione l'art 75, che può trovare ingresso solo attraverso un esplicito intervento dell'amministrazione aggiudicatrice in sede di predisposizione degli atti.

Entrambe le tesi inducono a ritenere illegittimo l'annullamento in autotutela.

Infatti ritenendo che l'art 75 D. L.gs 12 aprile 2006 n. 163 abbia portata "eterointegrativa" (in tal senso T.A.R. Lazio Latina, sez. I, 28 luglio 2009 , n. 737, T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 10 marzo 2010 , n. 2646 e Consiglio Stato sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746), come tale applicabile agli appalti a prescindere dall'esplicito richiamo contenuto nella legge di gara, l'integrazione da parte della stazione appaltante della lex specialis della gara con clausole precedentemente omesse era atto dovuto e quindi l'Amministrazione avrebbe dovuto escludere la società controinteressata.

Pertanto la mancata previsione nella lettera invito dell'obbligo di presentare la cauzione non costituiva una ragione per procedere

all'annullamento della lettera medesima, ben potendo essere colmata con il meccanismo della eterointegrazione: da qui l'assenza dei presupposti per l'esercizio del potere di autotutela.

A voler seguire, poi, la tesi difensiva dell'Amministrazione, secondo cui, in base alla tipologia di servizio oggetto di appalto, l'art 75 non potrebbe trovare applicazione, anche in tal caso non vi sarebbe alcuna lacuna della lex specialis e, quindi, non vi sarebbe alcun vizio nella lettera invito da giustificare l'annullamento, che risulterebbe disposto in difetto dei presupposti.

L'art 20 del Codice infatti stabilisce per gli appalti di cui all. II B (tra cui il servizio di ristorazione), un regime differenziato, in quanto disciplinati solo dagli artt. 68, 65 e 225, per cui la mancata prescrizione nella lettera di invito dell'obbligo di prestare cauzione provvisoria non costituiva una "lacuna", per la quale dovesse operare il principio di eterointegrazione, né rappresentava un motivo di illegittimità della lex specialis, che potesse giustificare l'annullamento della gara.

2.3 Il secondo motivo è invece infondato.

Lamenta parte ricorrente la violazione dell'art 84 c. 1 e 4, nonché dell'art 30 c. 3 del D. Lgs. 163/2006, in quanto la Commissione di gara sarebbe stata costituita da un solo soggetto, la Sig. ra Trovato, la quale avrebbe anche predisposto gli atti di gara.

Come risulta dal verbale della seduta del 10.9.2012, la Sig. Trovato, ha aperto i plichi ai soli fini della verifica della documentazione prodotta dalle Ditte concorrenti.

Le operazioni di gara effettuate in questa fase non richiedevano la costituzione di una vera e propria commissione, la cui nomina, ai sensi dell'art. 84 comma 1, è richiesta solo per la valutazione tecnica dell'offerta, mentre le attività preliminari di verifica documentale possono essere svolte direttamente dai funzionari della stazione appaltante assegnati all'unità operativa responsabile delle procedure di gara.

La giurisprudenza in materia di gara da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa afferma, infatti, che la procedura selettiva si compone di varie fasi, alcune delle quali necessitano di competenze amministrative ed altre, invece, di competenze tecniche (cfr CdS, sez. V, 13 ottobre 2010 n. 7470).

Nel caso in esame correttamente le fasi amministrative sono state espletate dal Responsabile della competente unità organizzativa settore, atteso che, ai sensi dell'articolo 10, 2 comma del d.l.vo n. 163/2006, il RUP svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal codice degli appalti che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti.

Neppure è ravvisabile alcuna illegittimità nella nomina, quale presidente della commissione, del funzionario, Responsabile del settore che dovrà poi controllare il servizio oggetto dell'appalto, in quanto l'art. 84 del D. Lgs. n. 163 del 2006, mira ad impedire la presenza nella Commissione di gara di soggetti che abbiano svolto un'attività idonea ad interferire con il giudizio di merito sull'appalto, avendo svolto nell'interesse proprio o in quello di ditte concorrenti,

compiti relativi all'attività oggetto dell'appalto. Detta incompatibilità non si può estendere al funzionario che, sempre nell'ambito della propria attività professionale, ha predisposto gli atti di gara.

III) Quanto alle domande risarcitorie, sia principali che subordinate, si deve osservare che a seguito dell'annullamento dell'atto impugnato, il procedimento dovrà essere riavviato, dalla fase in cui è stato interrotto, quindi, completata la verifica dei requisiti di partecipazione, la stazione appaltante dovrà procedere all'ammissione delle ditte partecipanti e all'apertura delle offerte tecniche.

L'annullamento del provvedimento adottato in autotutela è pienamente soddisfacente dell'interesse della ricorrente: il rinnovo delle operazioni di gara costituisce un risarcimento in forma specifica, che esclude ogni ulteriore riconoscimento di voce di danno.

IV) In conclusione il ricorso deve essere accolto, con annullamento del provvedimento impugnato.

Va invece respinta la domanda di risarcimento del danno.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento di annullamento d'ufficio impugnato.

Respinge la domanda di risarcimento dei danni.

Condanna il Comune di Eupilio al pagamento delle spese di lite, quantificate in € 800,00 (ottocento, 00) oltre oneri di legge, a favore

della società ricorrente e rimborso del contributo unificato, ai sensi dell'art. 13 del DPR 115/2002.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Silvana Bini, Primo Referendario, Estensore

Stefano Celeste Cozzi, Primo Referendario

Da Assegnare Magistrato, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/12/2012

IL SEGRETARIO

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