

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Terza Quater)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 4521 del 2009, proposto da:
Soc M. Srl con sede a Gubbio (PG) (mandataria della costituenda Ati con Soc C. Srl, Soc R. Consorziati, Soc C.R.B.) rappresentata e difesa dagli avv. M.U. C., M.B.G. S., con domicilio eletto presso M.U.C. in Roma, x;

contro

Asl 105 - Rm/E, rappresentato e difeso dall'avv. M.R. R. V., con domicilio eletto presso Studio Legale R.V. in Roma, corso x;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

dell'esclusione della ricorrente dalla gara di appalto concorso per i lavori di restauro conservativo delle "Corsie Sistine" presso l'Ospedale S. Spirito in Saxia disposta dalla commissione di gara e comunicata con note del 8 e 27 aprile 2009, a firma del responsabile del procedimento, nonché del verbale di gara del 2 aprile 2009, e della lettera d'invito, titolo 3, punto 1, nella parte in cui dispone che su tutti i plichi della offerta ogni impresa indichi anche l'oggetto della gara ed alcuni dati fiscali, nonché di tutti gli atti connessi.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Az. USL RM/E;

Vista l'ordinanza cautelare n. 2661/'09 che ha sospeso i provvedimenti impugnati;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore designato il consigliere Lydia Ada Orsola Spiezia;

Uditi alla pubblica udienza i difensori presenti per le parti, come risulta dal verbale.

Pubblicato il 22 luglio 2009 il dispositivo di sentenza n. 258 ai sensi dell'art.4 legge n. 205/'00;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con bando regolarmente pubblicato su G.U.R.I. 24.07.2007 l'Azienda USL RM/E, U.O.C. Patrimonio e Manutenzioni, ha indetto un appalto concorso (con procedura ristretta) per l'affidamento dei lavori di restauro conservativo delle "Corsie Sistine" nel complesso monumentale di S. Spirito in Saxia, a Roma, per un importo a base di gara pari ad € 3.600.000,00; la gara sarebbe stata aggiudicata alla offerta risultata più vantaggiosa economicamente alla luce dei criteri stabiliti, nel capitolato prestazionale.

Presentarono domanda di partecipazione varie imprese, tra le quali anche la Soc. M. s.r.l. (in costituenda A.T.I. con altre imprese indicate in epigrafe) che, poi, fu ammessa alla gara con lettera di invito/disciplinare dell'ottobre 2008 in cui (al titolo 3°) si prescriveva l'apposizione sul plico generale, nonché su ogni plico in esso contenuto, dell'oggetto della gara, nonché della denominazione della ditta mittente completa di indirizzo P.I. e Cod. Fiscale (nel caso di R.T.I. tutte le ditte in raggruppamento con la specificazione della capogruppo).

Per problemi relativi alla disponibilità di alcune aree ricomprese nell'appalto, la stazione appaltante dovette modificare la scansione cronologica dei lavori e, quindi, chiese alle imprese ammesse di presentare una nuova offerta aggiornata con il nuovo crono programma entro il 20 settembre 2008.

La commissione di gara, iniziato l'esame dei plichi in data 2 febbraio 2009 (proseguito il 9 e 12 febbraio), in seguito convocò i concorrenti per il 2 aprile 2009 presso la stazione appaltante, comunicando alla Soc. M. la disposta esclusione dalla gara; esclusione poi confermata con note 8 e 27 aprile 2009 in cui la determinazione era motivava con la mancata indicazione sui plichi A - B e C dell'oggetto dell'appalto; adempimento richiesto a pena di esclusione dal titolo 3° della lettera d'invito.

1.1. Avverso la propria esclusione dalla gara, nonché la richiamata clausola del titolo 3° della lettera d'invito, la Soc. M., con sede in Gubbio (PG), quale mandataria di una costituenda A.T.I. con altre imprese meglio in epigrafe

indicate, ha proposto il ricorso all'esame, chiedendone, previa sospensione, l'annullamento per i seguenti vizi dedotti in unico articolato motivo:

Violazione della lex specialis di gara, della legge n. 241/90, art 3, del dlgs.n. 163/'06, art. 79, comma 2, e del principio del favor participationis, nonché eccesso di potere per difetto d'istruttoria, contraddittorietà e ingiustizia manifesta ed infine motivazione insufficiente, contraddittoria e postuma.

Ad avviso della ricorrente, da un lato, la stazione appaltante solo nella seconda nota avrebbe indicato meno genericamente le clausole la cui inosservanza avrebbe comportato la sua esclusione dalla gara, mentre, dall'altro, lo stesso obbligo di indicare l'oggetto dell'appalto anche su ognuna delle buste inserite nel plico generale avrebbe inutilmente aggravato la dinamica del procedimento; infatti, su quattro ditte invitate due erano state escluse per inosservanza della clausola inserita al titolo 3°, pl, della lettera invito.

1.2. Si è costituita in giudizio l'Azienda USL RM/ E che ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso, poiché il disciplinare di gara non sarebbe stato oggetto di specifiche censure, nonché l'irricevibilità dello stesso poiché la domanda sarebbe stata tardivamente impugnata congiuntamente al provvedimento di esclusione che ne costituisce il doveroso atto applicativo; nel merito, poi, ha controdedotto alle altre avverse censure relative all'operato della commissione, chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza cautelare 2661/ 2009 questa sezione ha accolto l'istanza di sospensione dei provvedimenti impugnati.

Con memoria difensiva del luglio 2009 la ricorrente ha insistito per l'annullamento dell'esclusione dalla gara, segnalando che nelle more la stazione appaltante si era limitata a comunicarle l'intervenuta pronuncia cautelare a cui non aveva fatto seguito, comunque, il procedimento di riammissione alla gara.

Alla pubblica udienza del 15 luglio 2009, uditi i difensori presenti per le parti come da verbale, la causa è passata in decisione.

In data 22 luglio 2009 è stato pubblicato il dispositivo di sentenza n. 258/ 2009 ai sensi della legge n. 205/ 2000.

2. Quanto sopra premesso di fatto, in diritto la controversia concerne la pretesa illegittimità delle note 8 e 27 aprile 2009 con cui l'Azienda USL RM/E, nella persona del responsabile del procedimento, ha comunicato all'ATI ricorrente l'esclusione dalla gara d'appalto per l'affidamento (da effettuarsi con procedura ristretta) della progettazione esecutiva e dei lavori di restauro conservativo delle " Corsie Sistine " nel complesso monumentale S. Spirito in Saxia, a Roma, per un importo a base d'appalto pari ad € 3.600.000,00; l'esclusione era stata disposta poiché, in contrasto con specifica disposizione del disciplinare (anch'essa censurata) sui plichi interni mancava l'indicazione nell'oggetto della gara che risultava riportato soltanto sul plico generale.

2.1. Va preliminarmente esaminata l'eccezione di tardività del ricorso nella parte in cui censura la lettera d'invito/ disciplinare che al titolo 3°, punto 1 richiede (a pena di esclusione, v. titolo 6°) l'apposizione dell'oggetto della gara nonché della denominazione della ditta mittente (in caso di A.T.I. tutte le ditte) completa di indirizzo Partita IVA e codice fiscale: infatti, ad avviso della stazione appaltante e del responsabile del procedimento, la clausola essendo immediatamente lesiva, doveva essere impugnata dalla ricorrente appena ne aveva avuto conoscenza, e non soltanto a seguito della disposta esclusione dell'offerta proprio per l'inosservanza della medesima.

L'eccezione, però, non appare condivisibile.

Infatti la clausola della lettera d'invito impugnata non risultava preclusiva della partecipazione alla gara per la ricorrente e questa, quindi, non aveva un interesse concreto alla impugnazione immediata della medesima secondo quanto ha precisato da tempo la giurisprudenza amministrativa successiva alla A.P.29.01.2003 n. 1. Pertanto correttamente la parte ricorrente ha impugnato la clausola unitamente all'esclusione che ne costituiva l'atto applicativo lesivo. Né tanto meno risulta fondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per la mancanza di specifiche censure avverso il disciplinare di gara.

Infatti la ricorrente deduce (vedi pagg. 7 - 8 - 9 ricorso) che la prescrizione di indicare l'oggetto della gara su ogni busta dell'offerta se, da un lato, non soddisfaceva alcuna esigenza pubblica connessa al procedimento, dall'altro, aggravava lo stesso procedimento con l'ulteriore rischio di danneggiare

l'interesse pubblico stesso nell'ipotesi dell'esclusione di una offerta vantaggiosa a causa dell'inosservanza di tale formalistica prescrizione; inoltre - aggiunge la ricorrente - sull'essenzialità di tali prescrizioni (inserite nella lettera d'invito) non si rinvergono cenni nel bando di gara, mentre, sotto diverso profilo, anche il principio di strumentalità delle forme non poteva condurre alla automatica esclusione dell'offerta, tenuto conto del fatto che l'oggetto della gara era chiaramente indicato sul plico generale nel quale erano inserite le buste interne.

Pertanto entrambe le eccezioni possono essere disattese.

2.2. Nel merito il ricorso appare meritevole di accoglimento in particolare riferimento ai vizi di violazione dei principi di irragionevolezza ed ingiustizia manifesta della prescrizione (contenuta nel titolo 3°, punto 1, della lettera d'invito) che imponeva l'indicazione di numerosi dati su ognuna delle buste interne al plico generale.

Invero l'inserimento della suddetta clausola nella lettera d'invito, da un lato, concretizzava - in contrasto con il principio di ragionevolezza - un aggravamento procedimentale a carico dei concorrenti cui non corrisponde alcun effettivo vantaggio per la stazione appaltante e per l'interesse pubblico alla scelta dell'offerta più idonea al restauro delle "Corsie Sistine", mentre, per altro verso, vincolava indubbiamente la stessa stazione appaltante nelle sue valutazioni, essendo stata chiaramente prevista "a pena di esclusione".

Né tanto meno giova alla stazione appaltante replicare che la prescrizione (circa la necessaria indicazione su ogni plico della denominazione completa di indirizzo, partita IVA e codice fiscale di ogni impresa raggruppata con la specificazione della capogruppo) rappresenterebbe lo strumento per "assicurare interessi esclusivamente procedurali" quali la certezza sulla provenienza dei plichi e la loro riferibilità "alla gara": infatti la certezza della provenienza dell'offerta e' garantita dai sigilli e controfirme sui lembi di chiusura delle buste, mentre per la riferibilità alla gara è sufficiente, secondo i canoni di comune diligenza, che l'oggetto della gara sia indicato - come nel caso di specie - sul plico generale nel quale sono inserite le varie buste che compongono l'offerta, essendo il plico nella sua integrità quello che viene consegnato alla commissione di gara per le operazioni di competenza.

2.4. Per le esposte considerazioni, quindi, la clausola della lettera d'invito di cui al titolo 3° capo 1, è illegittima nei sensi sopraillustrati; ne consegue l'illegittimità dell'esclusione della ricorrente, comunicata con le note 8 e 27 aprile 2009 a firma del responsabile del procedimento, poichè trattasi di atti direttamente applicativi della clausola in questione.

Per economia di mezzi restano assorbite le altre censure dedotte nell'unico articolato motivo.

3. Concludendo, preliminarmente respinte le eccezioni di inammissibilità ed irricevibilità, nel merito il ricorso va accolto e, per l'effetto, l'esclusione della impresa ricorrente va annullata (unitamente a tutti gli atti connessi) con il conseguente obbligo della stazione appaltante di provvedere alla riammissione della medesima alla gara.

Gli oneri di lite seguono la soccombenza e pertanto, liquidati in complessivi euro 4.000,00 oltre gli accessori di legge, sono posti a carico della stazione appaltante AZ-USL RM/E

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Quater, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla l'esclusione della ricorrente dalla gara.

Pone gli oneri di lite, liquidati in complessivi euro 4.000,00 di cui € 2.500,00 per spese, oltre gli accessori di legge, a carico della stazione appaltante ASL RM/E che li verserà metà a ciascuna delle ricorrenti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 luglio 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Mario Di Giuseppe, Presidente

Linda Sandulli, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 23/10/2009
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)
IL SEGRETARIO