T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III Quater, 29 luglio 2009, n.7689

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Seconda)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 9149/2008 RG, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla A. s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e n.q. di capogruppo mandataria dell'ATI costituita con la S. s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati U.C., F.M. e D.M. ed elettivamente domiciliata in Roma,

contro

il MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, in persona del sig. Ministro pro tempore ed il COMANDO GENERALE DELLA GUARDIA DI FINANZA, in persona del Comandante pro tempore, rappresentati e difesi ope legis dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici si domiciliano in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12 e

nei confronti di

- C. s.r.l. e C. s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, controinteressate, non costituite in giudizio e della
- C.A. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, controinteressata, rappresentata e difesa dagli avvocati R.P. e G.B. ed elettivamente domiciliata in Roma,

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

A) – del provvedimento, comunicato con lettera raccomandata AR del 3 settembre 2008, con cui l'ATI ricorrente è stato esclusa dalla gara per la fornitura di materiale vario di vestiario per la Guardia di finanza (lotti nn. 3, 4 e 5); B) – del bando di gara pubblicato nel supplemento delle GUCE n. 135 del 15 luglio 2008, nella parte in cui vieta che la documentazione di gara sia presentabile anche a mano; C) – del procedimento di gara e, in particolare, dei verbali del seggio di gara nelle sedute del 21, 22, 25 e 26 agosto 2008; D) – dei provvedimenti d'aggiudicazione dei lotti 3, 4 e 5 della gara de qua alle imprese controinteressate, finora non comunicati, nonché
per l'accertamento dell'inefficacia o della nullità dei contratti d'appalto medio tempore stipulati, oltre che del diritto dell'ATI ricorrente al risarcimento del danno subito a causa della predetta procedura illegittima.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio delle Amministrazioni statali intimate, nonché della sola controinteressata C.A. s.r.l.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore all'udienza pubblica dell'8 luglio 2009 il Cons. dott. Silvestro Maria RUSSO e uditi altresì, per le parti costituite, solo gli avvocati C., M. e M. e l'Avvocato dello Stato P.;
Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con bando pubblicato in GUCE, suppl. S135 del 15 luglio 2008, il Comando generale della Guardia di finanza ha indetto una procedura ristretta accelerata, suddivisa in cinque lotti e da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, per la fornitura di materiale vario di vestiario per il Corpo, per un prezzo complessivo di € 5.449.835,00.

La A.G. s.p.a., dichiara d'aver partecipato, in proprio e n.q. di capogruppo mandataria dell'ATI costituita con la S. s.r.l., a detta gara solo per i lotti nn. 3, 4 e 5. Detta Società fa però presente d'aver proposto sì tempestivamente la relativa istanza e la

documentazione annessa, ma non già per posta o a mezzo d'un corriere espresso –come stabilito dal § III.2.1 del bando–, bensì presentandola a mano presso gli uffici della stazione appaltante. Tanto perché, come fatto presente a quest'ultimo da detta ATI nella sua missiva del 25 agosto 2008, la chiusura estiva dell'impresa ed i temuti ritardi del servizio postale l'hanno indotta a preferire, <<… a garanzia dell'effettiva consegna della documentazione relativa al bando …>>, tal modalità di presentazione.
Sennonché, giusta lettera raccomandata del 3 settembre 2008, la stazione appaltante ha escluso detta ATI dalla gara de qua, i cui lotti in questione, secondo informazioni poi assunte da quest'ultime, sono stati aggiudicati alle controinteressate C. s.r.l., alla C. s.p.a. e, rispettivamente, alla C.A. s.r.l.
Avverso tal esclusione e tutti gli atti presupposti detta ATI si grava allora innanzi a questo Giudice, con il ricorso in epigrafe, deducendo in punto di diritto l'unico, articolato motivo di violazione dell'art. 42, § 6) della dir. n. 2004/18/CE e dell'art. 77, c. 7 del Dlg 12 aprile 2006 n. 163, nonché dell'eccesso di potere sotto vari profili.
Con motivi aggiunti depositati il 4 giugno 2009, l'ATI ricorrente impugna altresì i provvedimenti d'aggiudicazione dei lotti in questione, ribadendo i profili di censura già posti con il gravame introduttivo. Resistono in giudizio le Amministrazioni statali intimate, che concludono per l'inammissibilità e l'infondatezza della pretesa attorea. S'è costituita nel presente giudizio la sola controinteressata C.A. s.r.l., aggiudicataria del lotto n. 5 della gara in esame, la quale eccepisce l'infondatezza del ricorso in epigrafe.
Alla pubblica udienza dell'8 luglio 2009, su conforme richiesta dei patroni delle parti presenti, il ricorso in epigrafe è assunto in decisione dal Collegio.

DIRITTO

È all'odierno esame del Collegio la questione, qui proposta con un gravame introduttivo e con l'atto di motivi aggiunti depositato il 4 giugno 2009, con cui la A.G. s.p.a., capogruppo mandataria dell'ATI costituita con la S. s.r.l., impugna la sua esclusione dalla procedura ristretta accelerata, suddivisa in cinque lotti ed a suo tempo indetta dal Comando generale della Guardia di finanza, per la fornitura di materiale vestiario vario per il Corpo.
Per una miglior comprensione delle vicende di causa, reputa opportuno il Collegio precisare che il bando di gara, sul punto anch'esso impugnato dall'ATI ricorrente, previde, tra l'altro, che <<… i documenti richiesti unitamente alla domanda di partecipazione… devono pervenire esclusivamente mediante raccomandata, assicurata o postacelere del servizio postale nazionale, ovvero mediante corriere abilitato, entro il termine perentorio del 20.08.2008, ore 12:00…>>.
Fermo restando che anche tal adempimento era stato previsto a pena d'esclusione dalla gara de qua, l'ATI ricorrente propose la propria domanda sì tempestivamente (il 1° agosto 2008), ma in una forma diversa, ossia presentandola a mano presso quegli uffici della stazione appaltante che il bando aveva indicato come destinatari.
Assodato, quindi, che la domanda in parola non ha risposto alla, per vero inequivoca, regola della lex specialis, va anzitutto disattesa l'eccezione, sollevata dalle parti resistenti, di difetto di legittimazione della sola mandataria di un'ATI, qua è appunto la A.G. s.p.a., a proporre ricorso senza che vi partecipi pleno jure pure l'impresa mandante.
Com'è noto, l'ATI non è un soggetto giuridico e nemmeno un centro d'imputazione di atti e rapporti giuridici distinto ed autonomo rispetto alle imprese raggruppate, sicché ciascun'impresa, già

associata o ancora da associare, è titolare d'un autonomo interesse legittimo a conseguire l'aggiudicazione, e quindi la legittimazione deve riconoscersi in capo all'impresa singola facente parte dell'ATI stessa, non importando se questa sia già costituita al momento della presentazione dell'offerta o che si debba costituire all'esito dell'aggiudicazione (cfr. Cons. St., V, 12 febbraio 2007 n. 593; id., 28 dicembre 2007 n. 6689). Tanto nella considerazione che il conferimento del mandato speciale collettivo irrevocabile gratuito all'impresa capogruppo attribuisce al legale rappresentante di quest'ultima la rappresentanza processuale nei confronti della stazione appaltante e delle imprese controinteressate, senza con ciò precludere a tutte le imprese in sé d'agire in giudizio singulatim. È appena da osservare, inoltre, che non solo manca un'espressa previsione nella normativa tanto comunitaria, quanto nazionale che precluda tal facoltà (cfr. Cons. St., V, 23 ottobre 2007, n. 5577), ma che soprattutto la Corte del Lussemburgo ha confermato la piena legittimità, a livello comunitario, della disciplina normativa nazionale che abiliti le singole imprese componenti di un'ATI a proporre autonomo ricorso avverso gli atti d'aggiudicazione d'una gara ad evidenza pubblica (cfr., per tutti, C. giust. CE, ord.za 4 ottobre 2007, resa nella causa C-492/06). Ma, a tutto concedere –ove, cioè, si volesse ritenere che tal principio serve alle imprese mandanti e non anche alla mandataria–, ciò non è così, posto che sussiste sempre la legittimazione anche dell'impresa mandataria di un'ATI costituenda a proporre, come nella specie, un autonomo ricorso contro gli atti e i risultati della gara (di recente, cfr. Cons. St., VI, 23 luglio 2008 n. 3652; id., 6 marzo 2009 n. 1346) e, anzi, il mandato difensivo conferito nel caso di specie dal legale rappresentante della A.G. s.p.a. chiarisce implicitamente l'interesse diretto di detta Società alla proposizione del ricorso in epigrafe.

Nemmeno ha gran senso l'altra eccezione d'inammissibilità di quest'ultimo, proposta dalla controinteressata per difetto d'attualità dell'interesse azionato, in quanto, se è vero che il gravame introduttivo è stato proposto contro l'aggiudicazione provvisoria, non solo ciò è una mera facoltà della ricorrente, ma soprattutto essa ha poi presentato i citati motivi aggiunti, ricolti appunto gli atti dell'aggiudicazione definitiva e dei conseguenti contratti per i lotti in contestazione. Del pari infondata è l'eccezione d'inammissibilità per omessa impugnazione del bando, in quanto ben evincesi dall'indicazione dell'oggetto del gravame attoreo la precisa volizione della ricorrente, poi ribadita nei motivi in diritto, di censurare anche il bando ove lo si volesse intendere preclusivo della presentazione diretta della domanda di partecipazione alla gara in esame.

Nel merito, il ricorso è fondato e va accolto, per le ragioni qui di seguito indicate.

L'invocato art. 42, § 6), lett. a) della dir. n. 2004/18/CE prevede che <<… le domande di partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici possono essere presentate per iscritto o per telefono…>>. Come si vede, la norma comunitaria non prende partito in ordine a qual mezzo debba esser considerato privilegiato al fine della corretta ed efficace trasmissione della domanda di partecipazione ad una gara ad evidenza pubblica. Essa si limita a ribadire, a garanzia della certezza della provenienza e della serietà della proposta negoziale colà contenuta, che le <<… amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che le domande di partecipazione presentate mediante fax siano confermate per posta o per via elettronica. In tal caso, esse indicano nel bando di gara tale esigenza ed il termine entro il quale deve essere soddisfatta…>>.

Da ciò discende, per un verso, che l'obbligo d'invio per posta o in via elettronica serve solo a confermare, entro un dato termine, la dichiarazione negoziale. Per altro verso, che v'è sì una certa discrezionalità, da parte della stazione appaltante, di prediligere di volta in volta il mezzo più acconcio per realizzare il bene giuridico protetto –ossia la serietà della volontà dell'impegno e la recettizietà della dichiarazione negoziale–, ma negli ovvi limiti della ragionevolezza e della proporzionalità, nel senso, cioè, che il mezzo prescelto non deve assurgere a limite preclusivo ultra vires della possibilità d'effettiva partecipazione alla gara. Infatti, tal discrezionalità non è solo rimessa al limite interno della ragionevole coerenza dello strumento prescelto all'obiettivo da raggiungere, nel qual caso, il servizio postale di fatto sarebbe sempre da preferire, perché è un mezzo noto, generale ed abbastanza (ma non del tutto) sicuro per presentare le domande de quibus. Essa soggiace pure a quelli ex art. 77, commi 4 e 7 del Dlg 12 aprile 2006 n. 163, in virtù dei quali non solo non v'è un mezzo predefinito a priori che obblighi l'impresa partecipante a produrre la propria domanda nell'ambito d'un novero ristretto di mezzi di presentazione, ma le stazioni appaltanti possono acconsentire alla produzione diretta delle domande stesse ai propri uffici. Tanto con il solo limite della non esclusività –in caso contrario, la presentazione diretta incappando nei medesimi rilievi oggidì recati contro il bando della gara de qua–, nonché della salvaguardia della integrità della documentazione e della riservatezza dell'offerta.
Non sfugge al Collegio che anche l'ammissione della produzione diretta è facoltativa, ma è del pari vero che tal facoltà non deve intendersi elisa ed inutilizzabile, una volta prescelta un'altra modalità. Al contrario, l'art. 77, c. 7, nel replicare tutti i mezzi di presentazione delle domande e delle offerte indicati nell'art. 42, §6) della dir. n. 2004/18/CE, fa salvo proprio il precedente c. 4, ossia la regola della produzione diretta. Sicché i due gruppi di modalità si devono intendere tra loro normalmente e facilmente integrabili, tranne che la stazione appaltante non dimostri che quella ex c. 4 alteri le inderogabili esigenze di protezione dell'integrità e della riservatezza delle offerte, o che tal modalità le avrebbe consentito facilmente d'apprenderne il contenuto prima della scadenza del termine previsto per la loro presentazione.
Scolorano allora le considerazioni della stazione appaltante sulla legittimità dell'impugnata clausola ex § III.2.1 del bando, laddove essa si trincera dietro la ragionevolezza astratta del sistema prescelto (l'uso del servizio postale o d'un corriere abilitato) o l'inderogabilità del bando, oppure ancora l'esigenza di trasparenza e certezza sottesa al servizio postale di raccomandata. Invero, la stazione appaltante non tien conto che il bene protetto, quello, cioè, della certezza e della parità di condizioni di partecipazione, non è alterato, di per sé, dalla compresenza della produzione diretta con le altre modalità di presentazione, giacché la consegna a mano agli uffici della P.A. aggiudicatrice da sola non implica, salva la dimostrazione del contrario, un risultato differente da quello che si ha quando, nei medesimi uffici, pervengono le domande delle imprese che hanno adoperato il servizio postale o un corriere abilitato. Inoltre, la stazione appaltante non considera che il servizio postale di raccomandata, come d'altronde l'uso del corriere, al più garantisce l'invio e la ricezione della lettera, non già il contenuto e, quindi, non la certezza, né la serietà dell'impegno negoziale. Del pari sfugge al Collegio perché mai la consegna diretta –si badi, agli uffici della predetta P.A.– possa mostrarsi meno neutra, quanto al rispetto del termine (nella specie, non in discussione) ed alla certezza della

data, d’un servizio postale pure scelto da detta P.A., qual è quello raccomandato, che non garantisce alcunché del contenuto proprio della lettera così inviata, tranne non voler adombrare illeciti nella registrazione dell’arrivo del plico nel registro di protocollo della P.A. Quanto, poi, all’ampia disponibilità del servizio postale, ciò è vero, ma non è un dato connotante nella specie, ove è possibile adoperare anche il servizio di corriere abilitato, che nulla ha a che vedere con il servizio universale e, in ultima analisi, nemmeno è lo strumento più sicuro ed efficace, atteso che, di regola, ogni problema derivante dall’uso di questo ridonda in danno all’impresa che se ne avvale.

In definitiva, il ricorso in epigrafe va accolto nei termini fin qui visti, da cui discende, per un verso e quale forma di risarcimento specifico, la riammissione dell’ATI ricorrente alla gara ed all’esame dell’offerta in comparazione con quelle delle imprese controinteressate per i lotti in contestazione e, per altro verso – secondo l’avviso più volte espresso dalla Sezione in precedenti conformi–, la caducazione dei contratti nel frattempo stipulati. Le spese del presente giudizio, stante la novità della questione prospettata e sussistendo giusti motivi, possono esser integralmente compensate tra tutte le parti costituite.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo ricorrente, sede di Roma, sez. II, definitivamente pronunciando, così dispone: A) – accoglie il ricorso n. 9149/2008 RG in epigrafe e per l’effetto annulla, per quanto di ragione e nei sensi di cui in motivazione, gli atti impugnati e meglio indicati in premessa; B) – condanna l’intimata stazione appaltante alla riammissione dell’ATI ricorrente alla gara in esame, con conseguente obbligo del seggio di gara ad esaminare e valutare l’offerta attorea; C) – dichiara la caducazione dei contratti nel frattempo stipulati, per ciascun lotto in contestazione, dalla stazione appaltante con le imprese controinteressate.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio dell’8 luglio 2009, con l'intervento dei sigg. Magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

Giampiero Lo Presti, Consigliere