

Le disposizioni con le quali risultano prescritti particolari adempimenti per l'ammissione ad una procedura concorsuale pubblica, al fine del perseguimento del pubblico interesse alla massima partecipazione per il miglior confronto di offerte, devono essere interpretate nel senso più favorevole all'ammissione dei concorrenti al fine di una aggiudicazione alle migliori condizioni possibili, anche nel rispetto del principio generale di stampo comunitario teso alla massima partecipazione, che il Collegio rileva applicabile anche nel caso di specie di servizi di cui all'Allegato II b e conseguente applicazione degli artt. 20 e 27 d.lgs. n. 163/06

in caso di proclamata illegittimità di un'aggiudicazione, quali sono le sorti del contratto? Qual è il giudice competente? e' corretto affermare che il risarcimento in forma specifica conseguente sia identificabile nelle operazioni di rinnovo della procedura di gara a partire dall'annullamento della revoca dell'esclusione del RTI ricorrente?

Sul punto, non può farsi a meno di richiamare il recente orientamento della Corte Suprema (di cui a SSUU civ., 28.12.07, n. 27169), secondo cui i riflessi sul contratto di appalto del sistema delle irregolarità-illegittimità che affliggono la procedura amministrativa ad evidenza pubblica, presupposto alla stipulazione del contratto, devono comunque essere sottoposti all'esame del G.O., con conseguente dirimente intervento in ordine alla possibilità di pronunciarsi direttamente sulle sorti del contratto da parte del G.A._ Anche in relazione all'ulteriore contributo della Suprema Corte (Cass. Civ., Sez. I, 15.4.08, n. 9906), il Collegio ritiene che pur non potendo pronunciarsi direttamente sulle sorti del contratto "medio tempore" stipulato, tale pronuncia allo stato non appare nemmeno necessaria in quanto l'amministrazione potrà, anzi dovrà, porre autonomamente in essere ogni comportamento, anche in esecuzione della presente sentenza, idoneo a individuare la carenza, subentrata "ex tunc" degli effetti giuridici del contratto ed adottare di conseguenza i provvedimenti necessari che si riflettano sul rapporto contrattuale ancora in essere e sulla carenza dei presupposti di efficacia dello stesso

Merita di essere segnalata la sentenza numero 91 del 14 gennaio 2009, emessa dal Tar Piemonte, Torino

< Come già di recente ribadito da questo Tribunale (TAR Piemonte, Sez. I, 19.12.08, n. 3149), l'aggiudicazione della gara non può conseguire, neanche indirettamente, come forma di risarcimento del danno in forma specifica da parte del giudice amministrativo, che non può mai sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio della funzione amministrativa propria dell'amministrazione appaltante, tenendo conto che l'esecuzione dell'appalto può essere conseguita dalla parte ricorrente con la sentenza demolitoria e dal (corretto) rinnovo delle operazioni di gara che ne discende e che compete, appunto, esclusivamente alla p.a., pena il travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione (TAR Sicilia, Pa, Sez. III, 23.3.07, n. 972 e 17.3.06, n. 594).

Sotto tale profilo, quindi, la domanda di risarcimento del danno non può essere accolta.>

A cura di Sonia Lazzini

N. 00091/2009 REG.SEN.

N. 00975/2008 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 il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 975 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
ALFA Soc. Coop. Onlus e ALFADUE Soc. Coop. Onlus, in proprio e quali ATI costituenda, in persona dei rispettivi rappresentanti legali pro tempore, rappresentate e difese dagli avv.ti Giorgio Losano e Roberto Longhin, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Torino, via Vittorio Amedeo II, 19;

contro

l'Azienda Sanitaria Locale TO 4 con sede in Ivrea, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Stefano Manni, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo in Torino, via Pietro Palmieri, 57;

nei confronti di

- Cooperativa Sociale BETA s.c. Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Franco Enoch e Francesca Mastroviti, con domicilio eletto presso lo studio della seconda in Torino, corso V. Emanuele II, 170;
- Coop.DELTA s.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

1) quanto al ricorso:

della deliberazione 5.6.2008 del Direttore Generale dell'ASL TO 4, esternata alle ricorrenti con nota del 23.6.2008, con la quale è stata disposta la revoca in autotutela del provvedimento di ammissione dell'ATI ALFA / ALFADUE alla gara d'appalto a procedura negoziata per la gestione delle RSA di Ivrea e Caluso,

nonché per l'annullamento

degli atti tutti antecedenti, preordinati, consequenziali e connessi del procedimento (ivi compresi i verbali di rinnovazione della fase di gara allo stato non conosciuti e gli ulteriori atti del procedimento avverso i quali si riserva la proposizione di motivi aggiunti); e per ogni ulteriore e consequenziale statuizione.

2) quanto ai motivi aggiunti:

della deliberazione 26.6.08 n. 1420 con la quale la gara è stata aggiudicata alla ATI BETA/ DELTA

Visto il ricorso ed i due atti recanti motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Vista la memoria di costituzione per l'Asl TO 4, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione e deduzioni della Coop.Sociale BETA S.r.l., con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive delle parti;

Vista l'ordinanza cautelare di questa Sezione n. 697/08 del 6 settembre 2008;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 6 novembre 2008 il Primo Referendario Ivo Corrales e uditi per le parti i difensori come specificato nel relativo verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

L'ASL 9 di Ivrea indiceva una gara d'appalto a procedura negoziata per l'affidamento della gestione delle RSA di Ivrea e Caluso. Alla procedura era invitata anche la precedente affidataria, ALFA Soc. Coop. Onlus, che si riuniva in RTI con la Coop. Sociale ALFADUE e partecipava alla medesima.

Alla seduta pubblica del 18 ottobre 2007 i rappresentanti di altre due ditte concorrenti chiedevano di verificare la correttezza della documentazione presentata dal RTI sopra menzionato, in particolare in riferimento all'osservanza dell'art. 27 del Capitolato di gara, che prevedeva, a pena d'esclusione, la produzione, tra altri documenti indicati, di una copia del Capitolato medesimo debitamente sottoscritta in ciascuna pagina dal legale rappresentante delle ditte partecipanti, e che indicava che ogni ditta partecipante a raggruppamenti temporanei d'impresa doveva provvedere all'invio della documentazione in questione.

In seguito a controsservazioni del rappresentante del RTI indicato e alla sospensione della seduta per approfondimenti, interveniva il Direttore Amministrativo dell'ASL 9 che illustrava le ragioni che inducevano a ritenere ammissibile la documentazione presentata dal menzionato RTI.

All'esito della prosecuzione della procedura e all'apertura delle buste contenenti le rispettive offerte economiche risultava la migliore offerta quella del RTI ED&REC/ALFADUE, cui erano assegnati punti 73,83.

La procedura però non vedeva un'immediata conclusione dopo la seduta del 30 ottobre 2007 in cui l'esame della documentazione tecnica era rinviato ad apposita Commissione che provvedeva ad esaminare le offerte nella seduta del 12 novembre 2007 in cui rilevava, previa motivata valutazione, l'assenza di particolari elementi che giustificavano una scelta basata su fattori di qualità progettuale idonei a modificare gli esiti della graduatoria derivante dalle offerte economiche.

Solo con nota del 23 giugno 2008, quindi, l'ASL TO 4, nel frattempo subentrata all'incorporata ASL 9 di Ivrea, comunicava alle ditte interessate la deliberazione n. 1242 del 5.6.08 con cui il Direttore Generale, richiamando il contenuto di due pareri legali, uno della S.C. Legale aziendale e uno di un professionista "esterno", ampiamente riportati, deliberava di annullare il provvedimento di ammissione del RTI ED&REC/ALFADUE, di cui al verbale del 18 ottobre 2007, disponendo la rinnovazione del solo esame comparativo delle offerte già pervenute e facendo salvi tutti i precedenti atti di gara.

Con ricorso a questo Tribunale, notificato l'11 luglio 2008 e depositato il successivo 15 luglio, le due componenti del menzionato RTI chiedevano l'annullamento, previa sospensione, di tale provvedimento, lamentando quanto segue.

"1. Violazione di legge con riferimento agli artt. 3, 7,10, 21 quinquies l. 7.8.90 n. 241; Violazione del principio del *contrarius actus*. Eccesso di potere per

travisamento ed erronea valutazione dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà, sviamento. Incompetenza.”.

Secondo le società ricorrenti, per quanto era a sua conoscenza, la deliberazione di revoca era avvenuta al di fuori degli schemi ed “ante tempo” da parte della Direzione Generale, quando ancora la Commissione di gara non le aveva rimesso gli atti per l’approvazione. Doveva semmai essere la Direzione Generale ad invitare la Commissione a rivedere il suo operato, nell’ambito dell’ordinario riparto di competenze all’interno del procedimento.

In secondo luogo, il provvedimento di revoca integrava l’esercizio di potere in autotutela cui dovevano applicarsi gli istituti dell’avvio del procedimento, del rispetto del contraddittorio, della valutazione dell’affidamento ingenerato e delle contrarie ragioni di pubblico interesse.

Né allo scopo potevano essere considerate le osservazioni dell’interessata espresse durante la seduta del 18 ottobre 2007, perché questa era inerente alla diversa fase endoprocedimentale di ammissione e le stesse interessate non si erano potute pronunciare nell’ambito della diversa fase della revoca di tale ammissione, successivamente subentrata ad iniziativa esclusiva della stazione appaltante, che non aveva tenuto conto neanche del parere favorevole espresso nella stessa seduta dal Direttore Amministrativo dell’Asl 9 che si era pronunciato dopo avere consultato l’Ufficio legale.

“2. Violazione di legge con riferimento agli artt. 37 D.L.gv. 167/2006, nonché dell’art. 27 del capitolato speciale; Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà, sviamento. Incompetenza.”.

Le società ricorrenti rilevavano che la mancata sottoscrizione di copia del capitolato speciale da parte dell’impresa mandante, posta alla base dell’esclusione del RTI ai sensi dell’art. 27 del Capitolato stesso, non poteva essere considerata idonea a legittimare l’operato dell’ASL TO 4.

Infatti, l’art. 27 in questione non era ben coordinato tra il primo e il secondo comma. Mentre il primo prescriveva alle ditte partecipanti di produrre copia sottoscritta dello stesso Capitolato – circostanza avvenuta con la presentazione di copia firmata dalla mandataria, stante l’unicità del contratto – il secondo comma, che stabiliva che tutte le ditte partecipanti in RTI dovevano inviare la documentazione richiesta, doveva essere interpretato unitamente alla lettera di invito e non riferito alla documentazione a corredo della domanda bensì a quella relativa alla verifica esercitabile dall’amministrazione sul possesso dei requisiti

richiesti e, come tale, avente natura meramente formale, non incidente sulla “par condicio”, che non poteva portare all’esclusione.

Inoltre, la sottoscrizione da parte della mandataria, ai sensi dei poteri riconosciuti dall’art. 37, comma 12, d.lgs. n. 163/06, consentiva di garantire l’assunzione di responsabilità in sede di esecuzione, vista l’unicità del contratto che si sarebbe sottoscritto.

Doveva essere quindi applicato non un criterio formalistico ma un criterio teleologico, come aveva fatto la stessa Commissione di gara nella seduta del 18 ottobre 2007, che non incideva negativamente nel caso di specie sui principi del rispetto della “par condicio”, perché non erano considerati elementi costitutivi dell’offerta, e del pubblico interesse della p.a., attesa la migliore offerta comunque rappresentata dal RTI ricorrente, considerato anche l’ulteriore principio generale posto a favorire la massima partecipazione alle pubbliche gare.

Infine, le società ricorrenti rilevavano che la lettera d’invito non indicava come causa di esclusione la mancata allegazione come nel caso di specie ma solo la mancata produzione della documentazione richiesta all’aggiudicataria in sede di verifica dei requisiti dichiarati nell’offerta.

Con motivi aggiunti notificati il 26 luglio 2008, le ricorrenti affermavano di avere acquisito, in seguito a procedimento di accesso ex art. 22 e segg. l.n. 241/90, copia del provvedimento di aggiudicazione definitiva al RTI BETA/DELTA e ne chiedevano l’annullamento per ulteriori motivi.

“1. Violazione di legge con riferimento all’art. 13 del D.Lgv. 167/2006, nonché all’art. 25 della L. 241/90. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà, sviamento”.

Le società ricorrenti lamentavano le modalità con cui era stata loro consentito l’accesso alla documentazione di gara, rilasciata in misura incompleta, e ne chiedevano l’acquisizione integrale.

“2. Violazione di legge con riferimento agli artt. 3, 7,10, 21 nonies della L. 241/90, nonché dell’art. 12 del D.Lgv. 167/2006; Violazione del principio del contrarius actus. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà, sviamento”.

La Direzione Aziendale non era prontamente intervenuta dopo la proposta di aggiudicazione del servizio al RTI ricorrente e immotivatamente interveniva solo con la deliberazione del 5.6.08, senza dare alcuna comunicazione all’interessata, nel rispetto dei principi di partecipazione e trasparenza.

Inoltre le ricorrenti ribadivano l'incompetenza della Direzione Generale che si era direttamente pronunciata senza fare sottoporre gli atti alla valutazione del RUP e della Commissione di gara e l'illegittimità derivata dell'aggiudicazione definitiva del 26.6.08 per quanto dedotto nel ricorso introduttivo.

“3. Violazione degli artt. 11 e 12 del D.Lgv. 167/2006. Violazione del principio dell'aggiudicazione tacita; Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà, sviamento.”.

Non risultava rispettato il termine di trenta giorni per l'aggiudicazione della gara, di cui all'art. 12 citato in rubrica, sia pure in considerazione degli approfondimenti istruttori eseguiti nel corso della procedura, per cui doveva darsi luogo ad aggiudicazione tacita al RTI ricorrente.

“4. Violazione dell'art. 21 nonies e dell'art. 7 della legge 7.8.90 n. 241; Violazione del principio del contrarius actus; Violazione dell'art. 12 del D.Lgv. 267/2006; Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà, sviamento.”.

L'art. 21 nonies cit. afferma che l'annullamento deve intervenire entro un termine ragionevole, tenuto conto che l'amministrazione era in possesso di una contraria valutazione del proprio operato sin dal 23.11.07 e che il semplice ripristino della legalità non era condizione sufficiente per intervenire in tal senso.

La revoca intervenuta solo il 5.6.08 non motivava in ordine alle ragioni contrarie sopravvenute, tenuto anche conto dell'affidamento del RTI ricorrente che sin dall'ottobre 2007 era stato ammesso alla gara.

La sequenza degli atti di gara, desumibile dalla lettura del provvedimento di aggiudicazione definitiva del 26.6.08, evidenzia che la Commissione di gara non era stata mai coinvolta nella revoca dell'ammissione del RTI ricorrente né successivamente, secondo la dizione del provvedimento in questione che rimetteva alla stessa la rinnovazione dell'esame comparativo delle offerte rimaste. Né conseguentemente risultano approvati gli atti di gara, ai sensi dell'art. 12 cit., da parte dell'organo competente.

“5. Violazione di legge con riferimento all'art. 35 del D.l.gv 80/98 nonché all'art. 7 della L. 205/2000, nonché all'art. 2043 cod.civ.; Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà, sviamento.”.

Le ricorrenti formulavano domanda di risarcimento del danno in ordine alla mancata aggiudicazione e al conseguente mancato guadagno e formulavano, nell'epigrafe delle conclusioni, anche domanda di dichiarazione di nullità o inefficacia del contratto stipulato "inter partes".

Si costituiva in giudizio l'ASL TO 4, rilevando l'infondatezza del ricorso.

Analogamente concludeva anche la Cooperativa Sociale BETA, aggiudicataria della procedura in RTI con DELTA srl, costituendosi in giudizio.

Con l'ordinanza cautelare indicata in epigrafe questa Sezione fissava udienza di merito ex art. 23 bis l.n. 1034/71, rilevando elementi di fondatezza del ricorso.

Con atto notificato il 24 settembre 2008, le società ricorrenti proponevano ulteriori motivi aggiunti in relazione alla documentazione depositata in giudizio dalle parti intimiate, quali:

"1 Violazione di legge con riferimento all'art. 27 del capitolato speciale d'appalto, nonché agli art. 34 e 37 del D.Lgv. 12.4.2006 n. 163; Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei presupposti, difetto di istruttoria, illogicità e contraddittorietà, difetto di motivazione, sviamento."

Riprendendo quanto già dedotto in sostanza con il secondo motivo del ricorso introduttivo, le società ricorrenti invitavano ad una coerente lettura delle varie prescrizioni della legge di gara, di cui all'art. 27 del capitolato speciale e alla lettera d'invito, in cui si illustrava che "...la mancata o incompleta ottemperanza a quanto stabilito dal presente articolo potrà comportare l'automatica esclusione dalla gara". Con l'espressione "potrà", quindi, la legge di gara escludeva ogni conseguenza automatica espulsiva e ben aveva operato in un primo momento la Commissione di gara laddove aveva applicato il principio della massima partecipazione in considerazione della non completa chiarezza delle prescrizioni di cui ai due commi dell'art. 27 cit., come evidenziata nel corso della procedura anche del Dirigente dell'Economato in una relazione interna del 17 marzo 2008, che non risultava affatto considerata nel successivo provvedimento del 5 giugno 2008 impugnato con il ricorso introduttivo.

In secondo luogo le società ricorrenti evidenziavano anche che la loro partecipazione in RTI avrebbe dato luogo ad un unico contratto con le due imprese costituenti, per cui il formalismo applicato dalla stazione appaltante non aveva ragione di essere, alla luce delle regole generali del "Codice dei contratti" che tendevano ad evitare aggravii del procedimento se non incidenti sulla volontà negoziale.

“2. Violazione dell’art. 12 del D.Lgv. 12.4.2006 n. 163, nonché dell’art. 30 del capitolato speciale di gara. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei presupposti, difetto di istruttoria, illogicità e contraddittorietà; difetto di motivazione, sviamento”.

Il coinvolgimento dell’Amministrazione era previsto solo dopo la conclusione dei lavori della Commissione di gara, che invece non risultava reinvestita degli atti anche dopo il deliberato di cui al provvedimento del 5 giugno 2008 sopra ricordato.

In prossimità della pubblica udienza tutte le parti costituite depositavano memorie ad ulteriore illustrazione delle proprie tesi difensive.

In particolare, la società controinteressata rilevava l’inammissibilità del ricorso laddove si contestava il contenuto dell’art. 27 del Capitolato speciale senza averlo previamente impugnato.

All’udienza pubblica del 6 novembre 2008 la causa, previa discussione orale, è stata trattenuta in decisione.

In data 7 novembre 2008 è stato depositato il dispositivo della presente sentenza.

DIRITTO

Il Collegio rileva l’infondatezza del primo motivo di ricorso.

Esaminando la documentazione di gara depositata in giudizio dalle parti intime, si osserva che la deliberazione dirigenziale n. 1242 del 5 giugno 2008 impugnata con il ricorso è stata adottata dopo che la Commissione di gara aveva concluso la propria attività valutativa il 6 dicembre 2007, attività valutativa che non aveva dato luogo alla ammissione del RTI di cui alle ditte ricorrenti, avvenuta invece da parte del Presidente del seggio di gara il 18 ottobre 2007.

Il Collegio osserva anche, nel caso di specie, che il servizio sanitario oggetto della procedura era riconducibile all’Allegato II B del d.lgs. n. 163/06 e consentiva che il Direttore Generale, quale organo di vertice dell’amministrazione, ben poteva dare luogo al provvedimento in questione inerente la gestione complessiva dell’ASL.

Né era necessaria la comunicazione di avvio del procedimento, atteso che fino al momento dell’aggiudicazione definitiva, mai avvenuta nei confronti del RTI ED&REC/ALFADUE, il procedimento di affidamento è aperto e pendente e non sussiste neanche un particolare onere di motivazione in ordine alla revoca dell’aggiudicazione provvisoria o dell’ammissione di determinati concorrenti, se fondata su elementi oggettivi legati all’interpretazione della legge di gara.

A diversa conclusione deve invece pervenirsi per quanto riguarda il secondo motivo di ricorso e il primo del secondo atto recante motivi aggiunti, che ne riprende il contenuto.

Esso si fonda sostanzialmente sulla corretta e più logica interpretazione della legge di gara.

In esame sono quindi l'art. 27 del Capitolato speciale e la lettera di invito che, come condivisibilmente evidenziato dalle società ricorrenti, devono essere esaminate unitamente dando luogo nel loro complesso alla legge di gara applicabile.

L'art. 27, comma 1, prevedeva che “Le Ditte concorrenti dovranno produrre, pena esclusione dalla gara, la seguente documentazione: 1. Una copia del presente capitolato speciale e dei relativi allegati debitamente sottoscritta in ciascuna pagina dal Legale Rappresentante della Ditta in segno d'accettazione...”.

Il comma seguente prevedeva che “nel caso di raggruppamenti temporanei di imprese, di cui agli articoli 34 e 37 del D.Lgs. 163/2006, tutte le ditte facenti parti del raggruppamento dovranno provvedere all'invio della documentazione richiesta”.

Essenzialmente sull'interpretazione di tali due norme si è soffermata la stazione appaltante nel lungo “iter” di approvazione degli atti di gara che ha portato all'adozione dei provvedimenti impugnati.

In realtà il Collegio rileva che la legge di gara era composta anche dal comma successivo dell'art. 27, il quale prevedeva che “Alla sola Ditta risultata aggiudicataria, l'A.S.L. 9 richiederà la produzione in originale o in copia autenticata nelle forme di legge di tutta la documentazione comprovante quanto dichiarato in sede di gara. La mancata o incompleta ottemperanza a quanto stabilito dal presente articolo potrà comportare l'automatica esclusione dalla gara.”.

Tale norma di cui al terzo comma, posta a conclusione dell'articolo, è evidentemente applicabile a tutto lo stesso, come già desumibile da una sua interpretazione letterale, laddove riferisce che “La mancata o incompleta ottemperanza a quanto stabilito dal presente articolo” – inteso quindi quale tutto l'art. 27 evidenzia il Collegio – potrà comportare l'automatica esclusione dalla gara”.

Appare evidente che tale norma manifesta una certa illogicità e contraddittorietà se intesa letteralmente, dato che il primo comma dello stesso articolo 27 indicava che

la produzione della documentazione in seguito elencata era imposta “a pena di esclusione”.

Quindi, da un lato, il primo comma prevedeva una automatica forma di esclusione, dall'altro, lo stesso articolo, al terzo comma, prevedeva invece che la “mancata” (da intendersi logicamente come “mancata produzione” non occupandosi l'art. 27 in questione di altro) o “incompleta” ottemperanza alle disposizioni di tutto l'articolo (quindi anche del primo e secondo comma) avrebbero potuto comportare l'automatica esclusione, con ciò confermando che l'automatismo non era più vincolato alla semplice mancata produzione ma richiedeva una valutazione ultronea (“potrà comportare”) di carattere discrezionale da parte della stazione appaltante.

A tale norma della legge di gara deve aggiungersi, come detto, quella contenuta nella lettera d'invito, che riprendeva letteralmente il terzo comma dell'art. 27, laddove ripeteva che “La mancata o incompleta ottemperanza a quanto stabilito dal presente articolo potrà comportare l'automatica esclusione dalla gara”. Pur in assenza di numerazione per articoli del contenuto della lettera d'invito - tra cui era parimenti riportato anche il disposto dell'art. 27, comma secondo, del Capitolato, secondo cui “Nel caso di raggruppamenti temporanei di imprese...tutte le ditte facenti parte del raggruppamento dovranno provvedere all'invio della documentazione richiesta” – si ritiene che una interpretazione logica non poteva che riferire tale affermazione a tutte le disposizioni della stessa lettera d'invito. In tali disposizioni era poi assente la perentoria affermazione dell'art. 27, comma primo, del Capitolato che prevedeva a pena di esclusione l'obbligo di produzione di specifica documentazione (tra cui la copia sottoscritta in ogni pagina del Capitolato stesso).

Alla luce di tale indubbia ambiguità della legge di gara – e sotto tale profilo non può concordarsi con la perentoria affermazione del Responsabile di S.C. Affari Generali e Legale dell'ASL TO 4 secondo cui, nella relazione del 17 marzo 2008, si era in presenza di “previsioni di clausole del capitolato speciale di gara chiare e precise” - il Collegio rileva fondate le doglianze delle società ricorrenti, d'altronde già condivise dal Direttore Amministrativo nella seduta del 18 ottobre 2007, laddove evidenziano che le disposizioni con le quali risultano prescritti particolari adempimenti per l'ammissione ad una procedura concorsuale pubblica, al fine del perseguimento del pubblico interesse alla massima partecipazione per il miglior confronto di offerte, devono essere interpretate nel senso più favorevole all'ammissione dei concorrenti al fine di una aggiudicazione alle migliori condizioni possibili, anche nel rispetto del principio generale di stampo comunitario teso alla massima partecipazione, che il Collegio rileva applicabile anche nel caso di specie di servizi di cui all'Allegato II b e conseguente applicazione degli artt. 20 e 27 d.lgs.

n. 163/06 (Cons. Stato, Sez. IV, 21.2.05, n. 550; Sez. V, 1.10.03, n. 5676; Sez. VI, 25.9.07, n. 4959).

Ne consegue che la logica interpretazione della legge di gara sollecitata dalle società ricorrenti - di cui non era necessario quindi chiedere l'annullamento al contrario di quanto ritenuto dalla società controinteressata, la cui eccezione di inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti in tale senso non può essere condivisa - e in un primo momento avallata anche dalla stazione appaltante, sia pure non nel suo organo di vertice, impone che l'esclusione eventuale della concorrente che aveva dato luogo ad una mera mancata produzione in riferimento al contenuto di tutto l'articolo 27 (ai sensi del relativo terzo comma che era logicamente norma di chiusura di tutta la disposizione di riferimento) doveva essere congruamente motivata, anche sulle ragioni di pubblico interesse tendenti alla mancata applicazione del "favor participationis", in presenza di clausole ambigue, e alla impossibilità di ricavare sotto un profilo sostanziale analoga dichiarazione di impegno, se legata all'accettazione del Capitolato e del suo contenuto da parte di tutto il raggruppamento e in principal modo dalla impresa mandataria.

L'impugnata deliberazione del Direttore generale dell'ASL TO 4 del 5 giugno 2008, invece, si sofferma su profili motivazionali che non tengono conto del caso concreto. Essa si limita a riportare i pareri legali richiesti nel corso del procedimento che, lungi dal giustificare la suddetta prevalenza del pubblico interesse in presenza di clausole ambigue, si limitavano a richiamare generica giurisprudenza del Consiglio di Stato in ordine alla considerazione della rilevanza sostanziale e non meramente formale della sottoscrizione di un capitolato speciale. Sul punto, però, il Collegio rileva che non è discussione la mancata sottoscrizione in astratto ma la sua concreta applicazione in relazione alla specifica legge di gara. I principi del Consiglio di Stato richiamati nei pareri legali sono certamente applicabili laddove una clausola della legge di gara impone in termini chiari e inequivoci la richiesta sottoscrizione ma male si legano al caso di specie ove tale chiarezza delle norme in questione non si evince.

Così non appare motivata l'apodittica affermazione – già espressa dal Responsabile di S.C. Affari Generali e Legale dell'ASL TO 4 nella relazione del 17 marzo 2008 sopra richiamata – secondo cui si era in presenza di previsioni di regolamento di gara "chiare e precise".

Il richiamo operato dal Direttore generale all'art. 27 si limita, infatti, al primo e secondo comma, considerati isolatamente, e non tiene in alcuna considerazione il terzo comma – invece vera norma di chiusura perché contenente riferimento al "presente articolo", quindi a tutto l'art. 27 ivi compresi i primi due commi – né la complessiva impostazione della lettera di invito, che ugualmente non conteneva inequivoche e chiare disposizioni comportanti cause di esclusione.

Né la motivazione posta alla base del provvedimento impugnato in questione del 5 giugno 2008 prende in considerazione la diversa conclusione cui era pervenuto il seggio di gara, su intervento del Direttore Amministrativo dell'ASL 9, nella seduta del 18 ottobre 2007 in cui era stata disposta l'ammissione del RTI ricorrente, in cui era stato evidenziato che "...la mancata sottoscrizione del capitolato da parte dell'impresa mandante, che ha trasmesso tutta la documentazione richiesta da cui si evince il possesso dei requisiti di partecipazione previsti come condizione per poter contrarre con la P.A., non risulta tale da inficiare la partecipazione alla gara, anche perché sanabile, in caso di aggiudicazione, con la sottoscrizione del rapporto contrattuale della costituenda ATI; la mancanza di una specifica ipotesi di esclusione dalla gara per il caso di specie, nel penultimo capoverso dell'art. 27, rende in ogni caso preferibile, in caso di dubbio interpretativo, la soluzione che garantisce la più ampia concorrenzialità, anche in considerazione del limitato numero di soggetti partecipanti alla gara, allo scopo di consentire all'Amministrazione appaltante la valutazione di una pluralità di soluzioni tra le quali optare per quella considerata complessivamente più vantaggiosa".

Alla luce di tali precise e dettagliate osservazioni, il Direttore generale dell'ASL TO 4 aveva l'onere di considerare ed eventualmente confutare il loro contenuto con adeguata motivazione, senza limitarsi a riprendere il contenuto di pareri legali a loro volta fondati su considerazioni non legate allo specifico caso di specie.

In sostanza nel provvedimento di revoca dell'ammissione è assente una motivazione idonea a evidenziare le ragioni che avevano portato discrezionalmente ("potrà comportare l'automatica esclusione" recita l'art. 27, comma terzo del Capitolato, e non "dovrà comportare l'automatica esclusione") la stazione appaltante a ritenere che l'omissione della ALFADUE soc. coop., di cui alla mancata presentazione di copia del Capitolato sottoscritto in ciascuna pagina, fosse idonea a meritare l'esclusione dell'offerta del RTI di cui faceva parte, in assenza di altri elementi in grado di evidenziare l'impegno contrattuale cui le concorrenti, anche in RTI, erano tenute, in osservanza del principio del "favor participationis" comunque applicabile al caso di specie ai sensi degli artt. 20 e 27 d.lgs. n. 163/06.

Sotto tale profilo, quindi, appare fondato quanto dedotto dalle società ricorrenti con il secondo motivo di ricorso e con il primo motivo aggiunto dell'atto notificato il 24 settembre 2008.

La fondatezza di tali motivi comporta l'accoglimento della domanda di annullamento proposta, con assorbimento degli altri motivi.

Per completezza, comunque, il Collegio li esamina ugualmente, arrivando alle seguenti conclusioni.

Il primo motivo aggiunto di cui all'atto notificato il 26 luglio 2008 è inammissibile in quanto il procedimento di accesso ai documenti di gara non si riflette sulla legittimità dei provvedimenti impugnati e, comunque, non ha impedito alle società ricorrenti di proporre nei termini ed efficacemente le proprie difese nella presente sede processuale.

Il secondo motivo aggiunto è invece fondato in relazione a quanto sopra dedotto, perché nel provvedimento impugnato del 5 giugno 2008 doveva anche essere approfondita la motivazione in ordine alle ragioni della precedente ammissione e alle considerazioni alla loro base in merito alla non chiarezza e coerenza della legge di gara. Inoltre il motivo è anche fondato per quanto riguarda l'illegittimità derivata in relazione alla domanda di annullamento dell'aggiudicazione definitiva di cui al provvedimento dirigenziale del 26 giugno 2008.

Il terzo motivo aggiunto è infondato, in quanto i termini richiamati dalle società ricorrenti non hanno carattere perentorio e la complessa attività istruttoria, comunque avvenuta nelle more dell'aggiudicazione definitiva, comportava la necessità di un approfondimento. Né è sostenibile, in assenza di specifiche disposizioni normative, che possa darsi luogo all'istituto dell'aggiudicazione tacita dell'appalto ad altro concorrente ove si superi il termine previsto per l'aggiudicazione.

Il quarto motivo è parimenti infondato in quanto la revoca dell'ammissione è avvenuta sempre nell'ambito dello stesso procedimento di aggiudicazione della gara, precedentemente all'aggiudicazione definitiva, e non si inquadra nella concatenazione procedimentale di un procedimento di secondo grado, con la conseguenza che risultano infondate anche tutte le doglianze delle società ricorrenti relative alla mancata comunicazione di avvio del procedimento e alla mancata partecipazione allo stesso; né era necessaria alcuna specifica motivazione sul maggior costo che la stazione appaltante sarebbe andata a sostenere, in quanto la convenienza economica recede a fronte dell'applicazione di specifiche clausole della legge di gara che comportano per qualsiasi ragione l'esclusione, pur se nel caso di specie tale esclusione, in concreto, per quanto sopra illustrato, non poteva essere fondata su una applicazione automatica di una norma poco chiara.

Il quinto motivo, inerente al risarcimento del danno, appare generico nell'indicazione del suo ammontare e comunque sarà oggetto di specifica determinazione in prosieguo.

Il primo motivo dei secondi motivi aggiunti, come evidenziato in precedenza, è fondato mentre non parimenti può dirsi per il secondo motivo in quanto, dagli atti depositati in giudizio, risulta che la commissione di gara già nella seduta del 12 novembre aveva deciso di non approfondire la valutazione relativa alle offerte

presentate dalle altre due concorrenti in gara diverse dal RTI ricorrente e dalla successiva aggiudicataria.

Per quanto dedotto, quindi, la domanda di annullamento degli impugnati provvedimenti del 5 giugno 2008 e del 26 giugno 2008 deve essere accolta.

In relazione alla domanda di annullamento e/o dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato tra l'aggiudicataria e la ASL TO 4, il Collegio non può che ribadire quanto già dedotto in altre occasioni, non ritenendo di potere accogliere la domanda.

Sul punto, non può farsi a meno di richiamare il recente orientamento della Corte Suprema (di cui a SSUU civ., 28.12.07, n. 27169), secondo cui i riflessi sul contratto di appalto del sistema delle irregolarità-illegittimità che affliggono la procedura amministrativa ad evidenza pubblica, presupposto alla stipulazione del contratto, devono comunque essere sottoposti all'esame del G.O., con conseguente dirimente intervento in ordine alla possibilità di pronunciarsi direttamente sulle sorti del contratto da parte del G.A. (TAR Piemonte, Sez. I, 13.6.08, n. 1370).

Anche in relazione all'ulteriore contributo della Suprema Corte (Cass. Civ., Sez. I, 15.4.08, n. 9906), il Collegio ritiene che pur non potendo pronunciarsi direttamente sulle sorti del contratto "medio tempore" stipulato, tale pronuncia allo stato non appare nemmeno necessaria in quanto l'amministrazione potrà, anzi dovrà, porre autonomamente in essere ogni comportamento, anche in esecuzione della presente sentenza, idoneo a individuare la carenza, subentrata "ex tunc" degli effetti giuridici del contratto ed adottare di conseguenza i provvedimenti necessari che si riflettano sul rapporto contrattuale ancora in essere e sulla carenza dei presupposti di efficacia dello stesso (TAR Piemonte, Sez. I, n. 1370/08 cit.).

In relazione alla ulteriore domanda di risarcimento del danno, cui si è accennato in precedenza, il Collegio ritiene che il risarcimento in forma specifica conseguente sia identificabile nelle operazioni di rinnovo della procedura di gara a partire dall'annullamento della revoca dell'esclusione del RTI ricorrente.

Come già di recente ribadito da questo Tribunale (TAR Piemonte, Sez. I, 19.12.08, n. 3149), l'aggiudicazione della gara non può conseguire, neanche indirettamente, come forma di risarcimento del danno in forma specifica da parte del giudice amministrativo, che non può mai sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio della funzione amministrativa propria dell'amministrazione appaltante, tenendo conto che l'esecuzione dell'appalto può essere conseguita dalla parte ricorrente con la sentenza demolitoria e dal (corretto) rinnovo delle operazioni di gara che ne discende e che compete, appunto, esclusivamente alla p.a., pena il travalicamento

dei limiti esterni della giurisdizione (TAR Sicilia, Pa, Sez. III, 23.3.07, n. 972 e 17.3.06, n. 594).

Sotto tale profilo, quindi, la domanda di risarcimento del danno non può essere accolta.

Il ricorso e i motivi aggiunti devono quindi essere accolti nei limiti di cui sopra e sussistono giusti motivi per compensare integralmente le spese di lite tra le parti, attesa la peculiarità e complessità della vicenda.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte, Sezione 1[^] accoglie il ricorso e i motivi aggiunti in epigrafe e, per l'effetto, annulla i provvedimenti ivi impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del 6 novembre 2008 con l'intervento dei Magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Ivo Correale, Primo Referendario, Estensore

Alfonso Graziano, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/01/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO

