

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 15/04/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29291-e-indiscutibilmente-perentorio-il-termini-10-giorni-di-cui-all-articolo-48-del-codice-dei-contratti>

Autore: Lazzini Sonia

E' indiscutibilmente perentorio il termine (10 giorni) di cui all'articolo 48 del codice dei contratti

Tar Lombardia, Milano, 03.03.2010 n. 514

E' indiscutibilmente perentorio il termine (10 giorni) di cui all'articolo 48 del codice dei contratti

A fronte dell'inequivoco tenore letterale del citato art. 48, e della specialità del procedimento ivi disciplinato, è di tutta evidenza come sia onere del concorrente produrre la documentazione a comprova del possesso dei requisiti autocertificati, non dovendo la stessa essere acquisita d'ufficio dalla stazione appaltante.

Il concorrente doveva quindi attivarsi per tempo, onde ottenere i documenti necessari, che infatti vanno espressamente indicati nel bando di gara.

Di deve dichiarare inammissibile la censura formulata con motivi aggiunti, in quanto proposta da un soggetto legittimamente escluso dalla procedura di gara.

Ricorso per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia,

-del provvedimento della Società Serravalle di esclusione della ricorrente dalla gara a procedura aperta per la "copertura assicurativa per il periodo di tre anni dalla data di sottoscrizione dei relativi contratti (infortuni amministratori, dipendenti, polizia stradale), comunicata con raccomandata A.R. del 22.02.2008 prot. n. 2043;

-del provvedimento della Società Serravalle di escussione della fideiussione bancaria prestata dalla ricorrente, provvedimento in data 12.03.2008 prot. n. 2686;

-di tutti gli atti relativi alla gara, ivi compreso il verbale della commissione di gara in data 18.02.2008, di esclusione dell'offerta della ricorrente, e di provvisoria aggiudicazione alla controinteressata, del provvedimento di aggiudicazione definitiva:

- e sui motivi aggiunti, proposti per l'annullamento degli atti già impugnati con il ricorso principale, nella parte in cui non escludono l'offerta della controinteressata.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

La ricorrente ha partecipato alla procedura aperta per la copertura assicurativa triennale delle polizza infortuni amministratori, dipendenti e polizia stradale, della società resistente. Alla gara hanno preso parte solo due concorrenti.

Con il gravame principale la ricorrente contestava la propria esclusione, disposta in esito al procedimento di cui all'art. 48 D.Lgs. n. 163/06. In particolare, a fronte delle richieste della stazione appaltante, la ricorrente produceva le copie di alcuni frontespizi di polizza, dichiarando di aver richiesto agli enti pubblici propri clienti le relative certificazioni, che tuttavia non erano ancora pervenute. Illegittimamente la stazione appaltante avrebbe escluso la ricorrente, la quale sarebbe invece incorsa in una causa giustificata di ritardo ad essa non imputabile, dovendo in ogni caso provvedersi ad un'acquisizione d'ufficio.

Il ricorso principale è infondato.

Premesso che nel caso di specie la stazione appaltante aveva concesso al ricorrente un termine superiore a quello minimo previsto dall'art. 48 c. 1 D.Lgs. n. 163/06, la giurisprudenza maggioritaria riconosce natura perentoria al predetto termine (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 23 luglio 2009, n. 7493), ricollegando al suo decorso le conseguenze previste dalla norma citata (T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 14 ottobre 2008 n. 3162). A fronte dell'inequivoco tenore letterale del citato art. 48, e della specialità del procedimento ivi disciplinato, è di tutta evidenza come sia onere del concorrente produrre la documentazione a comprova del possesso dei requisiti autocertificati, non dovendo la stessa essere

acquisita d'ufficio dalla stazione appaltante. Il concorrente doveva quindi attivarsi per tempo, onde ottenere i documenti necessari, che infatti vanno espressamente indicati nel bando di gara.

Con atto di motivi aggiunti il ricorrente chiede l'annullamento dell'aggiudicazione disposta a favore della controinteressata. Quest'ultima, a fronte del divieto di offerte plurime e condizionate, avrebbe invece differenziato la propria offerta, con riferimento alle percentuali richieste in sede di regolazione premio. Mentre il ribasso formulato in gara era del 10,10%, in sede di regolazione premio i tassi richiesti venivano differenziati in considerazione delle diverse categorie di personale, e in relazione alle retribuzioni loro effettivamente corrisposte a consuntivo.

Il ricorso per motivi aggiunti viene avversato da parte della società resistente e della controinteressata, con due eccezioni di inammissibilità. Con una prima eccezione si deduce l'impossibilità di ampliare l'originaria materia del contendere mediante la proposizione di motivi aggiunti. Il ricorso originario è stato proposto nei confronti dell'esclusione, conseguentemente l'oggetto del giudizio non potrebbe estendersi alla contestazione dell'offerta dell'aggiudicataria. Con la seconda eccezione si contesta la carenza di interesse in capo alla ricorrente, legittimamente esclusa dalla gara d'appalto, che non potrebbe dolersi dell'aggiudicazione disposta a favore di altri concorrenti, non ricavando alcun vantaggio dall'annullamento di tale provvedimento.

Tale ultima eccezione si appalesa fondata, dovendosi dichiarare inammissibile la censura formulata con motivi aggiunti, in quanto proposta da un soggetto legittimamente escluso dalla procedura di gara.

Il problema che viene in esame è quello della sussistenza o meno di un interesse a ricorrere, in capo al concorrente legittimamente escluso da una procedura di evidenza pubblica, che chieda l'annullamento di atti successivi ed ulteriori rispetto alla propria esclusione. Ritiene il Collegio che, anche se di regola è sufficiente l'interesse strumentale del partecipante ad una gara pubblica di appalto, onde ottenere la riedizione della gara stessa, deve in ogni caso ritenersi che un tale interesse non sussiste in capo al soggetto legittimamente escluso, dato che tale soggetto, per effetto dell'esclusione, rimane privo non soltanto del titolo legittimante a partecipare alla gara, ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle distinte scansioni procedurali (C.S. Sez. V 29.12.2009 n. 8969). La fattispecie per cui è causa è identica a quella recentemente affrontata da C.S. 26.11.2009 n. 7443, il cui esame è particolarmente utile, avendo il giudice di secondo grado espressamente affermato la compatibilità del predetto orientamento, con i principi scaturenti dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 11 del 2008. Dalla lettura di C.S. n. 7443/09 si desume espressamente come la fattispecie per cui è causa, a differenza di quella esaminata dall'Adunanza Plenaria, non pone un problema di definizione dell'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale escludente, promossi da due candidati che reciprocamente si fossero lamentati dell'altrui ammissione alla gara. La fattispecie qui esaminata non involge quindi il presunto vincolo di equidistanza del giudice, nel delibare impugnazioni speculari, sul quale si incentra il precedente dell'Adunanza Plenaria, traendo spunto dal principio di imparzialità e dalla coerente necessità di trattare le parti in modo paritario. L'attuale controversia pone invece un più semplice problema di coordinamento tra una domanda principale, avente ad oggetto una determinazione amministrativa di esclusione, ed una ulteriore domanda contenuta nel medesimo ricorso, proveniente dalla medesima impresa, volta a censurare la prosecuzione della procedura concorsuale.

Il principio dispositivo, per il quale occorre attenersi all'ordine e alla gerarchia con cui sono articolate le domande, deve essere temperato considerando il particolare oggetto del giudizio impugnatorio, dovendosi decidere l'ordine di trattazione delle censure, sulla base della loro consistenza oggettiva e del rapporto fra le stesse esistente sul piano logico giuridico, non alterabile dalla semplice richiesta dell'interessato (T.A.R. Lombardia, Sez. I 15.12.2009 n. 5346).

Come quindi affermato dalla citata pronuncia del Consiglio di Stato n. 7443/09, pare irragionevole la pretesa di diversificare nettamente, al punto da riservare loro un trattamento processuale opposto, la posizione dell'operatore economico che non abbia partecipato affatto alla procedura di gara e la posizione dell'operatore che abbia preteso di farlo, omettendo però di esibire i requisiti di qualificazione necessari. L'aspettativa del concorrente escluso pare in altri termini non differente da quella ascrivibile ad un qualunque altro soggetto che, non avendo partecipato alla gara, ambisca a candidarsi nell'eventuale rinnovazione della procedura.

Il ricorso principale va respinto, i motivi aggiunti vanno dichiarati inammissibili

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 514 del 3 marzo 2010, emessa dal Tar Lombardia, Milano

N. 00514/2010 REG.SEN.
N. 00860/2008 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 la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 860 del 2008, proposto da:
Ricorrente Assicurazioni S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Giovanni Cocco,
Cesare Ribolzi, Ettore Ribolzi, con domicilio eletto presso Cesare Ribolzi in
Milano, via Ariosto, 30;

contro

Milano Serravalle - Milano Tangenziali Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Fausto
Maniaci, con domicilio eletto presso Fausto Maniaci in Milano, via Podgora, 12/B;
Ministero delle Infrastrutture, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distr.le
Milano, domiciliata per legge in Milano, via Freguglia, 1;

nei confronti di

Controinteressata S.p.a., in proprio e quale mandante dell'a.t.i. Controinteressata
S.p.a. – Assicurazioni Generali S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Enzo Cardi,

Vincenzo Jiandoli, con domicilio eletto presso Vincenzo Jiandoli in Milano, via Brera 5; Assicurazioni Generali S.p.A.;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento della Società Serravalle di esclusione della ricorrente dalla gara a procedura aperta per la “copertura assicurativa per il periodo di tre anni dalla data di sottoscrizione dei relativi contratti (infortuni amministratori, dipendenti, polizia stradale), comunicata con raccomandata A.R. del 22.02.2008 prot. n. 2043;
- del provvedimento della Società Serravalle di escussione della fideiussione bancaria prestata dalla ricorrente, provvedimento in data 12.03.2008 prot. n. 2686;
- di tutti gli atti relativi alla gara, ivi compreso il verbale della commissione di gara in data 18.02.2008, di esclusione dell’offerta della ricorrente, e di provvisoria aggiudicazione alla controinteressata, del provvedimento di aggiudicazione definitiva:
- e sui motivi aggiunti, proposti per l’annullamento degli atti già impugnati con il ricorso principale, nella parte in cui non escludono l’offerta della controinteressata.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Milano Serravalle - Milano Tangenziali Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero delle Infrastrutture;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Controinteressata S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27/01/2010 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

La ricorrente ha partecipato alla procedura aperta per la copertura assicurativa triennale delle polizza infortuni amministratori, dipendenti e polizia stradale, della società resistente. Alla gara hanno preso parte solo due concorrenti.

Con il gravame principale la ricorrente contestava la propria esclusione, disposta in esito al procedimento di cui all'art. 48 D.Lgs. n. 163/06. In particolare, a fronte delle richieste della stazione appaltante, la ricorrente produceva le copie di alcuni frontespizi di polizza, dichiarando di aver richiesto agli enti pubblici propri clienti le relative certificazioni, che tuttavia non erano ancora pervenute. Illegittimamente la stazione appaltante avrebbe escluso la ricorrente, la quale sarebbe invece incorsa in una causa giustificata di ritardo ad essa non imputabile, dovendo in ogni caso provvedersi ad un'acquisizione d'ufficio.

Il ricorso principale è infondato.

Premesso che nel caso di specie la stazione appaltante aveva concesso al ricorrente un termine superiore a quello minimo previsto dall'art. 48 c. 1 D.Lgs. n. 163/06, la giurisprudenza maggioritaria riconosce natura perentoria al predetto termine (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 23 luglio 2009, n. 7493), ricollegando al suo decorso le conseguenze previste dalla norma citata (T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 14 ottobre 2008 n. 3162). A fronte dell'inequivoco tenore letterale del citato art. 48, e della specialità del procedimento ivi disciplinato, è di tutta evidenza come sia onere del concorrente produrre la documentazione a comprova del possesso dei requisiti autocertificati, non dovendo la stessa essere acquisita d'ufficio dalla stazione appaltante. Il concorrente doveva quindi attivarsi per tempo, onde ottenere i documenti necessari, che infatti vanno espressamente indicati nel bando di gara.

Con atto di motivi aggiunti il ricorrente chiede l'annullamento dell'aggiudicazione disposta a favore della controinteressata. Quest'ultima, a fronte del divieto di offerte plurime e condizionate, avrebbe invece differenziato la propria offerta, con

riferimento alle percentuali richieste in sede di regolazione premio. Mentre il ribasso formulato in gara era del 10,10%, in sede di regolazione premio i tassi richiesti venivano differenziati in considerazione delle diverse categorie di personale, e in relazione alle retribuzioni loro effettivamente corrisposte a consuntivo.

Il ricorso per motivi aggiunti viene avverso da parte della società resistente e della controinteressata, con due eccezioni di inammissibilità. Con una prima eccezione si deduce l'impossibilità di ampliare l'originaria materia del contendere mediante la proposizione di motivi aggiunti. Il ricorso originario è stato proposto nei confronti dell'esclusione, conseguentemente l'oggetto del giudizio non potrebbe estendersi alla contestazione dell'offerta dell'aggiudicataria. Con la seconda eccezione si contesta la carenza di interesse in capo alla ricorrente, legittimamente esclusa dalla gara d'appalto, che non potrebbe dolersi dell'aggiudicazione disposta a favore di altri concorrenti, non ricavando alcun vantaggio dall'annullamento di tale provvedimento.

Tale ultima eccezione si appalesa fondata, dovendosi dichiarare inammissibile la censura formulata con motivi aggiunti, in quanto proposta da un soggetto legittimamente escluso dalla procedura di gara.

Il problema che viene in esame è quello della sussistenza o meno di un interesse a ricorrere, in capo al concorrente legittimamente escluso da una procedura di evidenza pubblica, che chieda l'annullamento di atti successivi ed ulteriori rispetto alla propria esclusione. Ritiene il Collegio che, anche se di regola è sufficiente l'interesse strumentale del partecipante ad una gara pubblica di appalto, onde ottenere la riedizione della gara stessa, deve in ogni caso ritenersi che un tale interesse non sussiste in capo al soggetto legittimamente escluso, dato che tale soggetto, per effetto dell'esclusione, rimane privo non soltanto del titolo legittimante a partecipare alla gara, ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità

delle distinte scansioni procedurali (C.S. Sez. V 29.12.2009 n. 8969). La fattispecie per cui è causa è identica a quella recentemente affrontata da C.S. 26.11.2009 n. 7443, il cui esame è particolarmente utile, avendo il giudice di secondo grado espressamente affermato la compatibilità del predetto orientamento, con i principi scaturenti dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 11 del 2008. Dalla lettura di C.S. n. 7443/09 si desume espressamente come la fattispecie per cui è causa, a differenza di quella esaminata dall'Adunanza Plenaria, non pone un problema di definizione dell'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale escludente, promossi da due candidati che reciprocamente si fossero lamentati dell'altrui ammissione alla gara. La fattispecie qui esaminata non involge quindi il presunto vincolo di equidistanza del giudice, nel delibare impugnazioni speculari, sul quale si incentra il precedente dell'Adunanza Plenaria, traendo spunto dal principio di imparzialità e dalla coerente necessità di trattare le parti in modo paritario. L'attuale controversia pone invece un più semplice problema di coordinamento tra una domanda principale, avente ad oggetto una determinazione amministrativa di esclusione, ed una ulteriore domanda contenuta nel medesimo ricorso, proveniente dalla medesima impresa, volta a censurare la prosecuzione della procedura concorsuale.

Il principio dispositivo, per il quale occorre attenersi all'ordine e alla gerarchia con cui sono articolate le domande, deve essere temperato considerando il particolare oggetto del giudizio impugnatorio, dovendosi decidere l'ordine di trattazione delle censure, sulla base della loro consistenza oggettiva e del rapporto fra le stesse esistente sul piano logico giuridico, non alterabile dalla semplice richiesta dell'interessato (T.A.R. Lombardia, Sez. I 15.12.2009 n. 5346).

Come quindi affermato dalla citata pronuncia del Consiglio di Stato n. 7443/09, pare irragionevole la pretesa di diversificare nettamente, al punto da riservare loro un trattamento processuale opposto, la posizione dell'operatore economico che

non abbia partecipato affatto alla procedura di gara e la posizione dell'operatore che abbia preteso di farlo, omettendo però di esibire i requisiti di qualificazione necessari L'aspettativa del concorrente escluso pare in altri termini non differente da quella ascrivibile ad un qualunque altro soggetto che, non avendo partecipato alla gara, ambisca a candidarsi nell'eventuale rinnovazione della procedura.

Il ricorso principale va respinto, i motivi aggiunti vanno dichiarati inammissibili
Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio, in considerazione della complessità delle questioni di ordine processuale dedotte.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo della Lombardia – Sezione Prima – respinge il ricorso principale e dichiara inammissibili i motivi aggiunti

Spese compensate

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 27/01/2010 con l'intervento dei Magistrati:

Piermaria Piacentini, Presidente

Hadrian Simonetti, Referendario

Mauro Gatti, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/03/2010

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

IL SEGRETARIO