

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 13/05/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29410-l-avere-prodotto-la-richiesta-di-autotutela-pur-non-creando-alcun-obbligo-di-procedere-in-capo-all-amministrazione-consente-senz-altro-a-quest-ultima-di-esercitare-tale-potere-e-una-volta-esercit>

Autore: Lazzini Sonia

L' avere prodotto la richiesta di autotutela, pur non creando alcun obbligo di procedere in capo all' amministrazione, consente senz' altro a quest' ultima di esercitare tale potere e, una volta esercitato, come avvenuto nel caso di specie, di rivalutare le c

Tar Calabria, Catanzaro, 07.04.2010 n. 414

L'aver prodotto la richiesta di autotutela, pur non creando alcun obbligo di procedere in capo all'amministrazione, consente senz'altro a quest'ultima di esercitare tale potere e, una volta esercitato, come avvenuto nel caso di specie, di rivalutare le circostanze e, ove ne sussistano i presupposti, di integrare la motivazione del provvedimento di esclusione, concludendo il procedimento con un atto valido ed efficace, soggetto ad impugnazione per vizi propri.

Tra tali vizi non si ravvisa quello di violazione del principio di trasparenza, dedotto dalle cooperative ricorrenti.

Compete senz'altro all'amministrazione appaltante, e non alla Commissione, il riesame in autotutela del procedimento di gara sollecitato dalle stesse ricorrenti ed inevitabilmente l'esito di tale riesame non poteva che essere contenuto in un documento diverso dal verbale dei lavori della Commissione di gara.

Quanto alla insuperabilità del motivo di esclusione, riportato nella nota del 23 ottobre 2009, con la quale si concludeva il riesame del procedimento di gara, la giurisprudenza, condivisa dal Collegio, ha evidenziato come la segretezza del contenuto delle offerte, in sede di gara pubblica, non sia in alcun modo surrogabile neanche con l'apposizione a verbale della precisazione che l'offerta tecnica, malgrado l'apertura delle buste, non sia stata esaminata (cfr CdS sez. V, 29 agosto 2005 , n. 4407). Deve, pertanto, essere respinta, in quanto infondata anche la censura contenuta nel quarto motivo di gravame.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 414 del 7 aprile 2010 pronunciata dal Tar Calabria, Catanzaro

N. 00414/2010 REG.SEN.
N. 01426/2009 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 Calabria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1426 del 2009, proposto da:
L'Ricorrente Onlus Cooperativa Sociale, Società Cooperativa Sociale Ricorrente

due a.r.l., Ricorrente tre Onlus A R.L. Cooperativa Sociale, rappresentate e difese dagli avv.ti Chiara Elisa Fabiano ed Evy Reda, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Maurizio Barberio in Catanzaro, via Lombardia, 25;

contro

Comune di Praia A Mare, rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Giordano, domiciliato d'ufficio, in mancanza di rituale elezione di domicilio nel comune di Catanzaro, presso la Segreteria di questo Tribunale;

nei confronti di

Atc Controinteressata Cooperativa Sociale Arl e Cooperativa Sociale Ad Controinteressata due, rappresentate e difese dall'avv. Cosimo Nicoletti, domiciliate d'ufficio, in mancanza di rituale elezione di domicilio nel comune di Catanzaro, presso la Segreteria di questo Tribunale;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del verbale di gara del 05/10/2009 con il quale veniva aggiudicata, con riserva, al raggruppamento temporaneo di imprese composto dalla Cooperativa Sociale ATC Social Net di Cosenza e dalla Cooperativa Sociale Ad Controinteressata due di Praia a Mare, la gara per il Servizio di Assistenza Domiciliare Anziani e Minori, Assistenza Scolastica Disabili e Ludoteca di Praia a Mare, del provvedimento di aggiudicazione definitiva, del verbale n. 1 prot. n. 16091 del 21/09/2009 e del conseguente provvedimento di esclusione dalla gara e del provvedimento prot. n. 16101 del 23/09/2009

e per la condanna dell'amministrazione comunale al risarcimento dei danni conseguenti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Praia A Mare e della Atc Controinteressata-Ad Controinteressata due;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 marzo 2010 la dott.ssa Anna Maria Verlengia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Espongono le cooperative ricorrenti di aver partecipato in RTI alla procedura di gara, indetta in data 3/8/2009 dal Comune di Praia a Mare, con procedura aperta per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare anziani e minori, assistenza scolastica disabili e ludoteca , con base d'asta di euro 40.000,00 Iva inclusa.

In data 21/9/2009 la Commissione chiudeva i lavori senza aggiudicazione della gara in quanto i tre unici raggruppamenti partecipanti alla stessa non erano stati ammessi per mancata produzione di documentazione richiesta dal bando.

Con nota del 23 settembre 2009 il Responsabile dei Servizi Sociali del Comune di Praia invitava due delle tre cooperative della costituenda Ati, odierne ricorrenti, a partecipare alla procedura negoziata, ai sensi dell'art. 56 del dlgs 163/2006, per l'affidamento del servizio di cui al bando del 3 agosto 2009, visto l'esito della procedura aperta.

A seguito di tale comunicazione ed avendo acquisito il verbale dei lavori della commissione, le cooperative ricorrenti presentavano all'amministrazione comunale intimata istanza di annullamento in autotutela del provvedimento di esclusione della RTI rilevando l'illegittimità della esclusione della cooperativa Ricorrente tre, pronunciata sulla scorta della mancata produzione del certificato di iscrizione all'albo Nazionale delle Cooperative in quanto il requisito dell'iscrizione nel

suddetto albo era stato sufficientemente documentato con l'autodichiarazione del rappresentante legale della cooperativa. Chiedevano altresì la revoca della procedura negoziata in quanto era stato illegittimamente omesso l'invito alla cooperativa Ricorrente tre in spregio a quanto previsto dall'art. 56 del dlgs 163/2006.

A tale istanza l'amministrazione comunale replicava con nota del 23/10/2009 nella quale comunicava che, "effettuate le opportune verifiche, non si intravedono i presupposti per poter procedere all'annullamento in autotutela" e che "oltre al motivo di esclusione dalla gara riportato nel verbale della commissione, è stato rilevato che vi sono ulteriori motivi di esclusione dalla gara", avendo rinvenuto nella busta n. 1 altra documentazione oggetto di valutazione per l'offerta tecnica.

Con riguardo alla procedura negoziata l'amministrazione precisava che non vi sarebbe stato nessun intento di escludere la cooperativa Ricorrente tre, ma che, essendo stata espressa la volontà di costituirsi in raggruppamento temporaneo di impresa l'invito alla capogruppo, Cooperativa Sociale l'Ricorrente, avrebbe consentito di esprimere l'offerta anche per conto delle mandanti.

Avverso l'esclusione dalla procedure aperta, l'indizione della procedura negoziata e la successiva aggiudicazione al raggruppamento controinteressato, Atc Controinteressata Cooperativa Sociale Arl e Cooperativa Sociale Ad Controinteressata due, proponeva ricorso formulando i seguenti motivi di gravame:

- 1) violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 7 del d.m. 23/6/2004 e del Dpr 445/2000, atteso che la mancata produzione del certificato di iscrizione all'albo nazionale delle cooperative non poteva costituire legittima causa di esclusione essendo consentita dalle richiamate norme la sostituzione con autodichiarazione unitamente alle visure della Camera di commercio;

- 2) violazione e falsa applicazione dell'art. 56 del dlgs 163/2006 per non avere invitato alla procedura negoziata la cooperativa Ricorrente tre, in quanto la stessa costituiva una unità inscindibile con le altre due cooperative del raggruppamento, odierne ricorrenti, ai fini della presentazione di una offerta utile;
- 3) eccesso di potere per irrazionalità, illogicità, contraddittorietà manifesta, illegittimità derivata, per avere richiesto nel bando di gara un documento, quale è il certificato di iscrizione all'albo nazionale, inesistente;
- 4) violazione dei principi costituzionalmente garantiti di buon andamento ed imparzialità, legittimità e trasparenza dell'azione amministrativa della pubblica amministrazione, in relazione alla nota con la quale l'amministrazione comunale ha menzionato una diversa ed ulteriore causa di esclusione della cooperativa non contenuta nel verbale della commissione, unico documento, a giudizio delle ricorrenti, idoneo a garantire la trasparenza dell'azione amministrativa.

Le ricorrenti concludono chiedendo, oltre all'annullamento degli atti impugnati, il risarcimento del danno da perdita di chance.

Con memoria depositata il 30 dicembre 2009 si è costituito il raggruppamento controinteressato ATC Social net- Ad controinteressata due cooperative sociali che contro deduce nel merito e chiede il rigetto del ricorso.

Si è costituito anche il Comune di Praia a mare che eccepisce la nullità del ricorso perché mancante della sottoscrizione dei ricorrenti e per inesistenza del mandato, per mancata individuazione dei ricorrenti, eccepiscono anche l'inammissibilità del ricorso collettivo per conflitto di interessi tra le cooperative e controdeduce nel merito.

Alla pubblica udienza del 5 marzo 2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente si esaminano le eccezioni in rito proposte dal Comune di Praia.

Con una prima eccezione l'Amministrazione resistente denuncia la nullità del ricorso ex art. 17 del RD 642/1907 per mancata sottoscrizione dell'atto da parte dei ricorrenti ed inesistenza del mandato.

L'eccezione è infondata.

Essa muove dall'erroneo presupposto che il mandato e la procura speciale non possano ritenersi apposti in calce al ricorso in quanto contenuti in un foglio separato.

Nel caso di specie mandato e procura speciale sono stati apposti su fogli materialmente congiunti al ricorso e con esso notificati.

A tale riguardo la giurisprudenza ha, con orientamento consolidato, dal quale il Collegio non ha ragione di discostarsi, che "ai sensi dell'art. 83, cod.proc.civ. la procura alle liti si considera apposta in calce all'atto introduttivo del giudizio anche se rilasciata su foglio separato che sia però congiunto materialmente all'atto cui si riferisce, con la conseguenza che ai fini della sua validità rileva solo la congiunzione fisica del foglio separato con il ricorso, mentre risultano irrilevanti le altre tecniche di raccordo pure immaginabili, quali l'espresa menzione del procedimento per il quale essa è stata rilasciata, l'apposizione di timbri o sigle di giuntura, et similia (ex multis da ultimo Consiglio Stato, sez. IV, 13 gennaio 2010, n. 69)

Si è altresì evidenziato che la collocazione della procura, anche se rilasciata su foglio separato, è idonea a conferire la certezza circa la provenienza dalla parte del potere di rappresentanza e a dar luogo alla presunzione di riferibilità della procura al giudizio cui l'atto stesso fa riferimento; né è richiesto dalla legge, ai fini della validità della procura apposta su foglio separato, che l'inserimento della procura nel foglio in cui è riportato il ricorso sia impedito dal fatto che la pagina finale dell'atto sia riempita fino all'ultima riga, né che per scrivere la procura si siano utilizzate le

prime righe del foglio separato, al fine di formare un corpo unico tra questo e l'atto che precede (v. Consiglio Stato , sez. V, 12 dicembre 2009 , n. 7792).

L'eccezione va quindi respinta.

Quanto alla dedotta inammissibilità del ricorso per essere le tre cooperative che lo hanno proposto in conflitto di interessi, anche questa eccezione è infondata.

Le Cooperative hanno proposto l'odierno ricorso nella loro qualità di partecipanti ad una costituenda ATI e conformemente a tale assetto di interessi si dolgono sia della loro esclusione dalla gara di appalto che del mancato invito di una di esse alla procedura negoziata disposta dalla stazione appaltante per mancata aggiudicazione in sede di procedura aperta.

Appare quindi evidente che non sussiste alcun conflitto di interessi tra le Cooperative ricorrenti ma un interesse ad essere riammesse alla gara o, in subordine, di essere invitate come costituenda ATI alla procedura negoziata.

Nel merito il ricorso è infondato.

Il primo e terzo motivo di gravame, riguardanti l'illegittimità dell'esclusione delle ricorrenti dalla procedura di gara per omessa produzione di un documento richiesto a pena di esclusione, sono inammissibili.

A seguito dell'esclusione, infatti, le ricorrenti hanno prodotto istanza con la quale invitavamo il Comune ad annullare in autotutela l'esclusione e a seguito di tale richiesta il Comune ha riesaminato gli atti pervenendo all'accertamento della sussistenza di una ulteriore causa di esclusione consistente nella violazione della segretezza dell'offerta tecnica, in quanto documenti a questa relativi erano stati acclusi nella busta n. 1, in violazione del punto 9 del bando.

La circostanza non è contestata dalle ricorrenti che si limitano a censurare la illegittimità della nota con la quale l'amministrazione resistente rigetta la richiesta di annullamento in autotutela, ritenendo che le cause di esclusione rilevanti siano solo quelle contenute nel verbale di gara.

L'argomentazione di parte ricorrente non è condivisa dal Collegio.

L'aver prodotto la richiesta di autotutela, pur non creando alcun obbligo di procedere in capo all'amministrazione, consente senz'altro a quest'ultima di esercitare tale potere e, una volta esercitato, come avvenuto nel caso di specie, di rivalutare le circostanze e, ove ne sussistano i presupposti, di integrare la motivazione del provvedimento di esclusione, concludendo il procedimento con un atto valido ed efficace, soggetto ad impugnazione per vizi propri.

Tra tali vizi non si ravvisa quello di violazione del principio di trasparenza, dedotto dalle cooperative ricorrenti.

Compete senz'altro all'amministrazione appaltante, e non alla Commissione, il riesame in autotutela del procedimento di gara sollecitato dalle stesse ricorrenti ed inevitabilmente l'esito di tale riesame non poteva che essere contenuto in un documento diverso dal verbale dei lavori della Commissione di gara.

Quanto alla insuperabilità del motivo di esclusione, riportato nella nota del 23 ottobre 2009, con la quale si concludeva il riesame del procedimento di gara, la giurisprudenza, condivisa dal Collegio, ha evidenziato come la segretezza del contenuto delle offerte, in sede di gara pubblica, non sia in alcun modo surrogabile neanche con l'apposizione a verbale della precisazione che l'offerta tecnica, malgrado l'apertura delle buste, non sia stata esaminata (cfr CdS sez. V, 29 agosto 2005, n. 4407).

Deve, pertanto, essere respinta, in quanto infondata anche la censura contenuta nel quarto motivo di gravame.

Con il secondo motivo di gravame, l'unico che abbia ad oggetto il provvedimento con il quale l'amministrazione invita le cooperative alla procedura negoziata, le ricorrenti censurano la violazione dell'art. 56 del dlgs 163/2006 per non avere invitato alla procedura negoziata la cooperativa Ricorrente tre.

Atteso che, come si afferma anche nel ricorso, le ricorrenti si dolgono del mancato invito della cooperativa Ricorrente tre in quanto l'offerta che intendevano presentare doveva essere frutto del servizio congiunto di tutte e tre le cooperative del raggruppamento, sembra evidente che il mancato invito formale della cooperativa Ricorrente tre non impediva alla capogruppo del raggruppamento temporaneo di presentare, come peraltro ha già presentato in sede di gara, una offerta unitaria quale mandataria della costituenda ATI, secondo le condizioni contenute nel bando e nel capitolato di gara.

L'art. 56 del dlgs 163/2006, invocato dai ricorrenti a sostegno della loro doglianza, nella parte in cui prevede che "Le stazioni appaltanti possono omettere la pubblicazione del bando di gara se invitano alla procedura negoziata tutti i concorrenti in possesso dei requisiti di cui agli articoli da 34 a 45 che, nella procedura precedente, hanno presentato offerte rispondenti ai requisiti formali della procedura medesima", avrebbe dovuto indurre le ricorrenti a ripresentare la stessa offerta senza rinunciare a farlo, come hanno fatto, sol perché il Comune di Praia non aveva inoltrato un invito che contenesse, anche in indirizzo, la denominazione della terza cooperativa del raggruppamento.

Tale previsione normativa deve essere poi letta in combinato disposto con l'art. 37, comma 12, del dlgs 163/2006, laddove espressamente prevede che "in caso di procedure ristrette o negoziate, l'operatore economico invitato individualmente ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti."

Ciò vale a maggior ragione nel caso di specie, considerato che persino nel verbale di Gara le cooperative ricorrenti sono considerate come raggruppamento e la loro offerta viene identificata esclusivamente con il nome della capogruppo.

Come affermato dal Comune e dalla controinteressata, inoltre, tutte e tre le cooperative del raggruppamento ricorrente conoscevano le ragioni dell'esclusione,

avendo i loro rappresentanti firmato la richiesta di annullamento in autotutela del provvedimento di esclusione e di revoca del provvedimento che indicava la procedura negoziata, pertanto, nulla impediva anche alla cooperativa Ricorrente tre di partecipare alla procedura negoziata, tanto più che l'invito era stato inoltrato alla Cooperativa L'Ricorrente, capogruppo e mandataria del raggruppamento.

Dal tenore della lettera di invito ed, in particolare, dal riferimento alla previsione in essa contenuta dell'art. 56 del dlgs 163/2006 ritiene il Collegio che non sia ravvisabile alcuna illegittima esclusione della cooperativa Ricorrente tre nella sua qualità di mandante del raggruppamento temporaneo.

E dal momento che le ricorrenti non si dolgono della possibilità della Ricorrente tre di presentare una offerta autonoma, bensì della possibilità del raggruppamento temporaneo di presentare una offerta valida, deve escludersi che possa ravvisarsi nel comportamento della stazione appaltante la violazione dell'art. 56 sopra citato, come ritenuto dalla difesa di parte ricorrente.

In definitiva nulla ha impedito alle ricorrenti di partecipare alla procedura negoziata atteso che le stesse sono state regolarmente invitate mediante raccomandata all'indirizzo della Cooperativa riconosciuta quale capogruppo del costituendo raggruppamento.

Ne consegue la infondatezza anche di questa censura.

In conclusione gli atti impugnati devono considerarsi esenti dalle dedotte censure con conseguente reiezione del ricorso anche con riguardo alla richiesta di risarcimento del danno consequenziale.

Sussistono sufficienti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo della Calabria, Sede di Catanzaro, Sezione II, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 5 marzo 2010 con
l'intervento dei Magistrati:

Vincenzo Fiorentino, Presidente

Anna Maria Verlengia, Primo Referendario, Estensore

Vincenzo Lopilato, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/04/2010

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

IL SEGRETARIO