

Pubblicato il 12/10/2018

N. 00940/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00991/2018 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 Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 60 e 74 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (c.p.a.)

sul ricorso numero di registro generale 991 del 2018, proposto dalla

GSA S.r.l., in persona dell'Amministratore unico pro tempore, sig. Andrea Gazzetti, rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Feroci e Valeria Zambardi e con domicilio eletto presso lo studio della seconda, in Venezia, Dorsoduro, Fondamenta Rio Novo, n. 3388/U

contro

Comune di Monselice, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Italo Begozzo e con domicilio fissato presso il seguente indirizzo di posta elettronica certificata (P.E.C.): italo.begozzo@ordineavvocatipadova.it

nei confronti

Caramori S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, sig. Stefano Caramori, rappresentata e difesa dagli avv.ti Simone Uliana ed Antonio Melucci e con domicilio fissato presso il seguente indirizzo di posta elettronica certificata (P.E.C.): simone.uliana@pec.it

per l'annullamento,

previa sospensione dell'esecuzione,

- della determinazione del Comune di Monselice (PD) n. 405 del 13 luglio 2018, pubblicata all'Albo pretorio comunale il 21 agosto 2018, di aggiudicazione definitiva alla Caramori S.r.l. dell'appalto quadriennale per la manutenzione del verde pubblico urbano;
 - di ogni altro atto comunque annesso, connesso, presupposto e consequenziale, e comunque di tutta la procedura di gara, nonché del contratto d'appalto nel frattempo intervenuto
- per la conseguente declaratoria
di nullità/annullamento dell'intera procedura di gara ai fini della riedizione
della stessa
in subordine, per la condanna
della P.A. al risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente a causa
dell'illegittimo esercizio dell'azione amministrativa.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati, presentata in via incidentale dalla società ricorrente;

Viste la memoria di costituzione e difensiva e la documentazione del Comune di Monselice;

Visti l'atto di costituzione in giudizio, la memoria ed i documenti della Caramori S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 60 e 74 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (c.p.a.);

Visto, altresì, l'art. 120, comma 6, c.p.a.;

Nominato relatore nella Camera di consiglio del 3 ottobre 2018 il dott. Pietro De Berardinis;

Uditi i difensori presenti delle parti costituite, come specificato nel verbale;

Ravvisata la sussistenza dei presupposti per la definizione del giudizio in Camera di consiglio con sentenza in forma semplificata e sentite sul punto le parti costituite, ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

Considerato che con il ricorso in epigrafe GSA S.r.l. ("GSA") impugna gli atti della procedura aperta indetta dalla C.U.C. tra i Comuni di Monselice, Pernumia e Tribano per l'affidamento del servizio di manutenzione quadriennale del verde pubblico urbano nel Comune di Monselice e, in particolare, la determinazione comunale n. 405 del 13 luglio 2018, recante aggiudicazione definitiva della gara alla Caramori S.r.l., chiedendone l'annullamento, previa tutela cautelare;

Considerato che, in punto di fatto, la società espone:

- che il bando/disciplinare di gara prevedeva tra i requisiti di ordine speciale, al punto 11.D.3, che il concorrente avesse un capitale sociale di almeno € 500.000,00;
- di avere, per conseguenza, deciso di non partecipare alla gara, perché non in possesso del requisito ora visto;
- di aver appreso – successivamente all'aggiudicazione – della partecipazione alla gara di talune ditte prive del requisito di cui al succitato punto 11.D.3, e di avere quindi appurato che la richiesta di tale requisito era stata eliminata, tramite la soppressione del predetto punto 11.D.3 del bando/disciplinare, effettuata dalla P.A. con determinazione n. 323 dell'8 giugno 2018;
- che, però, quest'ultima determinazione – intervenuta a soli sei giorni dalla scadenza del termine di presentazione delle offerte –, pur avendo apportato una modifica sostanziale alla lex specialis di gara, sarebbe stata resa nota mediante pubblicazione non nella G.U.U.E. e nella G.U.R.I., ma solo nel sito internet del Comune di Monselice. Tale pubblicazione, peraltro, non avrebbe neppure comportato la modifica del termine di presentazione delle offerte;

Considerato che a supporto del gravame l'esponente ha dedotto, con un unico motivo di ricorso, le seguenti doglianze: violazione e falsa applicazione degli artt. 72 e 73 del d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 79 del d.lgs. n. 50/2016, dell'allegato XIV, parte I, lett. C), n. 11 del d.lgs. n. 50/2016, violazione del principio del contrarius actus, violazione dei principi di par condicio competitorum e di trasparenza, eccesso di potere per ingiustizia manifesta;

Considerato, in dettaglio, che l'esponente ha lamentato come la P.A., avendo apportato una modifica sostanziale alle regole di gara: a) avrebbe dovuto, in applicazione del principio del contrarius actus, darvi divulgazione con le stesse forme di pubblicità richieste per l'indizione della procedura, tenuto conto che la suesposta modifica avrebbe potuto determinare un ampliamento della platea dei soggetti potenzialmente interessati all'affidamento dell'appalto; b) avrebbe, altresì, dovuto riaprire il termine di presentazione delle offerte, o almeno prorogarlo. In conclusione, le imprese mancanti del requisito di cui al punto 11.D.3 del bando/disciplinare, pur essendo divenute ammissibili alla gara per effetto delle modifiche introdotte, sarebbero rimaste ugualmente escluse a causa della mancata riapertura dei termini e del difetto delle forme di pubblicità;

Considerato che, in subordine, l'esponente ha formulato domanda di risarcimento del danno ingiusto patito per effetto dell'illegittima attività amministrativa;

Considerato che si è costituito in giudizio il Comune di Monselice (PD), depositando una memoria difensiva con documentazione sui fatti di causa ed eccependo: in rito, l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse a ricorrere e per carenza di legittimazione attiva della GSA S.r.l.; nel merito, l'infondatezza della censura dedotta dalla ricorrente;

Considerato che si è costituita in giudizio, altresì, la controinteressata Caramori S.r.l. ("Caramori"), aggiudicataria dell'appalto, depositando memoria difensiva con cui ha, a sua volta, eccepito; in rito,

l'inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione della lex specialis e la conseguente tardività del gravame proposto, nonché, ancora, l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse sotto un altro profilo; nel merito, l'infondatezza delle doglianze;

Considerato che alla Camera di consiglio del 3 ottobre 2018 – dato avviso alle parti della possibilità della definizione del giudizio con sentenza cd. semplificata, previa conversione del rito, e dopo ampia discussione –, la causa è stata trattenuta in decisione;

Ritenuta la sussistenza del estremi per pronunciare sentenza cd. semplificata, ai sensi degli artt. 60 e 74 del d.lgs. n. 104/2010 (c.p.a.);

Ritenuto, in via preliminare, di dover respingere le plurime eccezioni di rito sollevate dal Comune di Monselice e dalla controinteressata, atteso che:

1) la difesa comunale eccepisce, anzitutto, l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, sia in quanto la ricorrente non ha impugnato la clausola (escludente) della lex specialis di gara che aveva previsto il requisito di ordine speciale del possesso di un capitale sociale di almeno € 500.000,00, sia perché la modifica della lex specialis, che ha comportato l'eliminazione di tale requisito, non avrebbe influito né sulla partecipazione della Caramori alla gara, né sull'aggiudicazione a questa dell'appalto, essendo l'aggiudicataria in possesso del requisito di cui si discute: l'accoglimento del ricorso, dunque, comporterebbe la rinnovazione della valutazione delle offerte sulla base del bando iniziale e, perciò, la conferma dell'aggiudicazione alla Caramori, di tal che nel caso di specie difetterebbe la cd. prova di resistenza;

- l'eccezione è priva di fondamento, anzitutto perché la società ricorrente ha dimostrato di non avere interesse ad impugnare la clausola escludente di cui al punto 11.D.3 del bando/disciplinare di gara, essendosi limitata a prendere atto di non possedere il requisito del capitale sociale di € 500.000,00, ivi previsto, ed avendo deciso – coerentemente – di non

partecipare alla gara. Una volta, poi, che detta clausola è stata eliminata dalla medesima Amministrazione, non si vede come potesse GSA gravarsi nei confronti di essa e tantomeno come potesse farlo con il ricorso in epigrafe;

- in secondo luogo, l'infondatezza dell'eccezione emerge con palmare evidenza, perché il ricorso è rivolto all'annullamento non solo dell'aggiudicazione, ma dell'intera procedura di gara, ai fini della sua riedizione;

- invero, l'assunto del Comune – secondo cui la ricorrente avrebbe impugnato solo l'aggiudicazione, cosicché l'eventuale ripetizione della gara avverrebbe in base al bando iniziale e comporterebbe la conferma dell'aggiudicazione alla Caramori (avendo questa il requisito del possesso di un capitale sociale di € 500.000,00) – è, anzitutto, infondato in fatto, poiché GSA ha chiesto l'annullamento di tutta la procedura di gara, in quanto svoltasi in violazione delle regole sulla pubblicazione di bandi e avvisi ex artt. 72 e ss. del d.lgs. n. 50/2016;

- il suesposto assunto è infondato, altresì, in diritto, giacché, ai fini della riedizione della gara, rileva non che la Caramori possedesse il requisito previsto dal succitato punto 11.D.3, ma che l'eliminazione del requisito stesso, se adeguatamente pubblicizzata, avrebbe potuto comportare l'ampliamento della platea dei concorrenti e che tra questi avrebbe potuto esservi l'odierna ricorrente, quale operatore del settore. È, perciò, fuorviante il richiamo alla cd. prova di resistenza;

2) la difesa comunale eccepisce, inoltre, la carenza di legittimazione attiva della GSA, la quale non avrebbe allegato, né provato un interesse differenziato alla proposizione del ricorso. In particolare, la ricorrente non dedurrebbe e non proverebbe di possedere tutti i requisiti di ordine generale e speciale prescritti dalla lex specialis di gara, cosicché – anche a prescindere dal requisito di cui al punto 11.D.3 – non risulterebbe che la società potesse partecipare alla procedura;

3) un'eccezione per certi versi analoga viene sollevata anche dalla controinteressata, la quale nega che la GSA sia in possesso del requisito di capacità tecnico-professionale previsto dal punto 11.E.2 del bando/disciplinare di gara, relativamente agli autocarri da utilizzare per l'esecuzione del servizio, poiché i soli automezzi iscritti alla categoria 1, nell'Albo gestori ambientali inerente alla stessa GSA, sarebbero del tutto inidonei a soddisfare il requisito di capacità tecnica di cui al ridetto punto 11.E.2. Ne deriverebbe l'inammissibilità del ricorso sotto il profilo – non del difetto di legittimazione attiva, ma – della carenza di interesse: infatti, anche in caso di accoglimento del ricorso (con ripubblicazione degli atti e proroga del termine), la società non potrebbe comunque conseguire alcuna utilità, vista la carenza del suesposto requisito di partecipazione;

- le ora viste eccezioni sono destituite di fondamento. Infatti, che GSA S.r.l. sia operatore del settore emerge indirettamente dalla stessa memoria della controinteressata, lì dove afferma l'iscrizione degli automezzi della ricorrente all'Albo gestori ambientali (v. doc. 2 della Caramori), e siffatta qualità – di operatore del settore – va considerata sufficiente, contrariamente a quanto sostengono il Comune e la controinteressata, a radicare sia la legittimazione, sia l'interesse della GSA alla proposizione del ricorso in epigrafe;

- invero, secondo la giurisprudenza, nelle controversie in tema di appalti pubblici nelle quali si faccia questione della mancata pubblicazione del bando (ipotesi a cui va senz'altro assimilata quella della mancata pubblicazione di modifiche sostanziali di esso), per essere legittimati ad impugnare i relativi atti è sufficiente allegare la propria condizione di società operante nel settore oggetto della procedura, senza che sia necessario dimostrare, altresì, di possedere tutti i requisiti occorrenti per essere invitati alla gara e risultarne aggiudicatari all'esito (cfr., ex multis, C.d.S., A.P. 7 aprile 2011, n. 4; id., Sez. IV, 5 aprile 2006, n. 1789; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 4 settembre 2018, n. 9145);

- si è altresì chiarito che, se è vero che i soggetti che volontariamente non partecipano ad una gara – come ha fatto GSA – non hanno poi titolo all’impugnativa, avendo un interesse di mero fatto a che la gara bandita sia annullata e poi ripetuta, nondimeno a tale regola si fa eccezione quando la ricorrente, quale ditta operante nel settore, faccia valere la lesione dell’interesse a partecipare alla gara e contesti la violazione di prescrizioni in materia di pubblicità, le quali avrebbero di fatto impedito la suddetta partecipazione (C.d.S., Sez. V, 25 gennaio 2016, n. 227; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 13 marzo 2017, n. 1445);

- in aggiunta, va osservato che le argomentazioni del Comune e (soprattutto) della controinteressata provano troppo: esse, infatti, pretendono che l’adito Tribunale si sostituisca all’Amministrazione nel valutare l’ammissibilità o meno dell’offerta di GSA, nell’ipotesi in cui, ove il ricorso sia accolto e, perciò, a seguito dell’annullamento degli atti di gara, si addivenga alla riedizione della gara stessa, la citata ricorrente partecipi alla nuova procedura. Ma una simile tesi è del tutto inammissibile, poiché, a tacer d’altro, contempla un sindacato del giudice su un potere amministrativo non ancora esercitato (il potere della P.A. di ammettere o no l’offerta di GSA, se e quando la gara sarà rinnovata e l’offerta sarà presentata), in violazione del principio sancito dall’art. 34, comma 2, c.p.a.;

4) un’ultima eccezione pregiudiziale è sollevata dalla difesa della Caramori, che contesta la mancata impugnazione, ad opera di GSA, della lex specialis di gara, lì dove questa avrebbe previsto che tutte le modifiche, anche quelle sostanziali, sarebbero state comunicate solo ed esclusivamente mediante la semplice pubblicazione nel sito internet del Comune di Monselice;

- viene richiamato, a tal proposito, l’art. 20 del bando/disciplinare di gara, ai sensi del quale “ogni chiarimento, avviso e/o le eventuali ulteriori informazioni sostanziali in merito alla presente fase della procedura

saranno pubblicati sul proprio sito internet: www.comune.monselice.padova.it – sezione Amministrazione Trasparente – bandi gara e contratti; pertanto gli operatori economici interessati a presentare offerta devono costantemente monitorare il predetto sito, fino al termine concesso per l’invio dell’offerta”. La mancata impugnazione di detta clausola, unitamente all’autovincolo che ne discende per la P.A., renderebbero il ricorso inammissibile, nonché tardivo, in quanto GSA avrebbe avuto a suo tempo piena conoscenza della *lex specialis*, senza gravarsi contro di essa;

- nemmeno l’ora vista eccezione processuale è suscettibile di positivo apprezzamento, risultando anzi essa del tutto priva di fondamento giuridico;

- da un lato, infatti, è costante insegnamento giurisprudenziale quello per il quale non è consentito introdurre surrettiziamente, attraverso i chiarimenti, modifiche della *lex specialis* di gara (cfr. T.A.R. Marche, Sez. I, 26 ottobre 2012, n. 684). Invero, i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante, aventi ad oggetto il contenuto del bando e degli atti allegati, sono ammissibili purché non modifichino la disciplina dettata per lo svolgimento della gara, cristallizzata nella *lex specialis*, avendo i medesimi una mera funzione di illustrazione delle regole già formate e predisposte dalla disciplina di gara, senza alcuna incidenza in termini di modificazione o integrazione delle condizioni di gara (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. V, 17 gennaio 2018, n. 279, con la giurisprudenza ivi elencata);

- d’altro lato, non è vero che, come sostiene la Caramori, l’art. 20 del bando/disciplinare di gara abbia vincolato la stazione appaltante a pubblicare le modifiche sostanziali della *lex specialis* di gara solo ed esclusivamente nel sito internet del Comune. L’espressione “informazioni sostanziali”, contenuta nel ridetto art. 20, è molto ambigua: essa, in presenza della chiara regola che impone di modificare o integrare la *lex specialis* unicamente attraverso atti che abbiano goduto delle identiche

garanzie di pubblicità dovute per il bando di gara (cfr., ex plurimis, C.d.S., Sez. V, 23 novembre 2016, n. 4916; T.A.R. Veneto, Sez. III, 26 luglio 2016, n. 898; T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 11 giugno 2015, n. 248; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 8 marzo 2006, n. 528), non può, quindi, in virtù del principio di conservazione, essere intesa nel senso fatto proprio dalla Caramori;

- si rammenta, in argomento, che, ove ci si trovi dinanzi ad una clausola della lex specialis di gara dal tenore ambiguo, alla stessa va attribuito il significato che ne privilegia la legittimità, ovvero l'utilità, secondo il principio di conservazione degli atti giuridici (cfr., ex plurimis, C.d.S., Sez. V, 31 gennaio 2001, n. 343; id., Sez. IV, 31 maggio 1999, n. 925; T.A.R. Veneto, Sez. I, 9 febbraio 2018, n. 145; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 17 giugno 2008, n. 5916; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 7 aprile 2004 n. 649). Infatti, per la costante giurisprudenza l'atto amministrativo deve interpretarsi alla luce sia del generale criterio di conservazione, sia del principio per cui, nel dubbio, si deve preferire la soluzione che privilegia la legittimità, ovvero l'invalidità meno grave o più immediatamente rimovibile (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. V, 27 settembre 1990, n. 694);

Ritenuto, in conclusione, che, per le ragioni suesposte, tutte le eccezioni preliminari di rito sollevate dal Comune e dalla controinteressata siano infondate e da respingere;

Considerato che nel merito il ricorso è manifestamente fondato e, perciò, da accogliere, per quanto di seguito riportato;

Considerato, in particolare, che:

- la ricorrente ha comprovato l'avvenuta pubblicazione del bando/disciplinare di gara nella G.U.R.I. – 5^a Serie speciale – n. 54 dell'11 maggio 2018 (v. all. 4 al ricorso);

- il predetto bando/disciplinare è stato modificato in modo sostanziale dalla P.A. con determinazione n. 323 dell'8 giugno 2018, che – per quanto di interesse – ha soppresso il punto 11.D.3 del medesimo, lì dove era richiesto

ai concorrenti il requisito di ordine speciale di capacità economico-finanziaria, consistente nel possesso di un capitale sociale di almeno € 500.000,00;

- è pacifico ed indiscusso tra le parti che l'ora vista modifica della lex specialis è stata pubblicata non con le stesse modalità usate per il bando/disciplinare di gara, ma solo mediante avviso pubblicato nel sito internet del Comune di Monselice (v. all. 6 al ricorso) e senza nessuna riapertura, né proroga, dei termini di presentazione delle offerte;

- l'ora visto modus operandi della P.A. ha integrato una palese violazione del divieto di modificare o integrare la lex specialis di gara, se non attraverso atti che abbiano goduto delle identiche garanzie di pubblicità dovute per il bando di gara (cfr. C.d.S., Sez. V, n. 4916/2016, cit.; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, n. 528/2006, cit.), nonché della regola che impone, nelle ipotesi (come quella ora in esame) di modifiche sostanziali della lex specialis, la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte (cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 1° agosto 2017, n. 1351; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, n. 1445/2017, cit.; T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, n. 248/2015, cit.);

- a nulla serve, pertanto, obiettare – come fa la controinteressata – che, alla data (8 giugno 2018) di adozione della determinazione di modifica della lex specialis, la compagine dei partecipanti alla gara si sarebbe già cristallizzata a causa dello spirare del termine di prenotazione del sopralluogo sull'area di intervento, previsto dall'art. 19 del bando/disciplinare di gara. È, infatti, evidente che la riapertura dei termini di presentazione delle offerte avrebbe determinato automaticamente la riapertura, altresì, del suddetto termine di prenotazione;

Ritenuto, quindi, in ragione di quanto si è detto, che sussistano le condizioni per la pronuncia di una sentenza in forma cd. semplificata ex artt. 60 e 74 c.p.a., sentite sul punto le parti costituite, poiché il ricorso risulta palesemente fondato e da accogliere;

Ritenuto, in conseguenza dell'accoglimento del ricorso, di dover annullare gli atti con esso impugnati e, in specie, la determinazione di aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata Caramori S.r.l., nonché gli altri atti di gara, ai fini della riedizione della stessa;

Ritenuto che l'accoglimento della domanda di annullamento, presentata in via principale, esoneri il Collegio dalla disamina della domanda subordinata di risarcimento del danno;

Ritenuto, da ultimo, di dover liquidare le spese secondo il criterio della soccombenza, nella misura di cui al dispositivo

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto – Sezione Prima (I[^]), così definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per conseguenza, annulla gli atti di gara e, in specie, la determinazione di aggiudicazione definitiva dell'appalto.

Condanna il Comune di Monselice e la Caramori S.r.l. al pagamento in favore della GSA S.r.l. delle spese ed onorari di causa, che liquida in via forfettaria in € 1.500,00 (millecinquecento/00) a carico di ciascuna delle ridette parti soccombenti, per complessivi € 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Venezia, nella Camera di consiglio del giorno 3 ottobre 2018, con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Pietro De Berardinis, Consigliere, Estensore

Giovanni Giuseppe Antonio Dato, Referendario

L'ESTENSORE
Pietro De Berardinis

IL PRESIDENTE
Maurizio Nicolosi

IL SEGRETARIO