



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6837 del 2013, proposto da:

Società Selex Es S.p.A. , in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. ti Filippo Pacciani, Alessandro Botto e Silvia Cristina Victoria Hofmann, con domicilio eletto presso Studio Legale Associato Legance in Roma, via XX Settembre 5;

contro

Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, in persona del Ministro p.t. rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato e presso la stessa domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, 12;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Telecom Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Filippo Lattanzi e Francesco Saverio Cantella, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via P.G. da Palestrina, 47;

per l'annullamento

della nota del MATT del 25 giugno 2013 recante il bando di gara per la fornitura di componenti tecnologiche informatiche, multimediali e di telecomunicazioni comprensiva di misure di accompagnamento, pubblicato sulla G.U.C.E. n.2013/so79 – 132005 del 23 aprile 2013 e sulla G.U.R.I. n. 51 del 3 maggio 2013 e avviso integrativo pubblicato sulla G.U.C.E. n. 2013/S102-173855 del 29 maggio 2013 e sulla G.U.R.I. n. 64 del 3 giugno 2013. CIG 506522758C – CUP F83B13000050001 – Rettifica motivazione alla comunicazione dell'esclusione dal procedimento;

di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o comunque connesso ed, in particolare, della nota MATT del 13 giugno 2013 prot. 0039425/TRI DIV IX – Comunicazione dell'esclusione dal procedimento;

e per il risarcimento del danno

nella misura e nei termini da definirsi in corso di causa per l'ipotesi di mancata riammissione alla gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare;

Visto l'intervento ad opponendum;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 ottobre 2013 il Consigliere Solveig Cogliani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso indicato in epigrafe, la Società istante esponeva che con bando pubblicato sulla G.U.C.E. n. 2013/S079-132905 del 23 aprile 2013 e sulla G.U.R.I. n. 51 del 3 maggio 2013, il MATT aveva indetto una procedura di gara aperta per la fornitura di componenti tecnologiche informatiche, multimediali e di telecomunicazione destinata a dotare i Comandi dei Carabinieri per la Tutela dell'Ambiente, dislocati nelle sedi di Napoli e Roma, con scadenza per la presentazione delle offerte il 29 maggio alle ore 12.00 (differito al 5 giugno 2013 ore 12.00 con avviso integrativo del 26 maggio 2013); pertanto la Società aveva presentato l'offerta tempestivamente, tuttavia producendo tra i documenti, in luogo della ricevuta del pagamento del contributo AVCP, una dichiarazione sostitutiva che dava atto dell'oggettivo impedimento incontrato per il versamento a causa del blocco del servizio di riscossione on line dell'AVCP (corredata dal bollettino riportante il codice fiscale dell'operatore, il CIG ed il codice del contributo nonché l'importo dovuto, l'avviso pubblicato dalla stessa Autorità il 3 giugno 2013 che attestava il disservizio intercorso dal 30 maggio con invito alle stazioni appaltanti ad ammettere alle procedure gli operatori che avessero incontrato difficoltà con riserva di regolarizzazione).

L'istante rappresentava che, tuttavia, in data 13 giugno, con nota 0039425/TRI DIV IX, il Ministero comunicava l'esclusione della Società per mancata presentazione della cauzione provvisoria ed a seguito delle contestazioni della ricorrente, con nota del 25 giugno 2013, prot. n. 0040653/TRI DIV IX (entrambe impugnate in questa sede) confermava l'esclusione dalla gara, rettificando la motivazione con il mancato pagamento del contributo all'AVCP ai sensi dell'art. 1, commi 65 e 67 della l. n. 266 del 2005.

Avverso tali atti, pertanto, la Società istante proponeva gravame, deducendone l'illegittimità per il seguente articolato motivo:

violazione e falsa applicazione dell'art. 1, commi citati, l. n. 266 del 2005 e degli artt. 1337 e 1335 c.c., dell'art. 46, comma 1 bis, d.lgs. n. 163 del 2006 e degli artt. 3 e 97 Cost., nonché eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche ed, in particolare per violazione del principio del legittimo affidamento e della leale cooperazione, difetto di motivazione e di istruttoria, travisamento dei fatti, falsa causa, illogicità manifesta e disparità di trattamento, poiché come risultante dalla stessa documentazione in atti ed in particolare dall'avviso dell'AVCP si era verificato una discontinuità del servizio on line per il pagamento del contributo di cui si discute, ripristinato solo alle ore 16.30 del 4 giugno 2013.

Precisava la ricorrente di aver confidato nella raccomandazione dell'Autorità all'Amministrazione procedente di poter effettuare anche successivamente alla scadenza il versamento del contributo a causa del riscontrato disservizio.

Si costituiva l'Amministrazione, deducendo in via preliminare l'inammissibilità del ricorso per mancata notifica ad almeno uno dei soggetti ammessi alla gara e nel merito ribadendo la portata escludente dell'omissione del versamento del contributo, nonché affermando la mancanza di diligenza della parte ricorrente, ne chiedeva la reiezione.

Con ordinanza n. 3209 del 2013 questo Tribunale accoglieva l'istanza cautelare ai fini dell'ammissione con riserva. Con successivo atto, la Società Telecom S.p.a., risultata aggiudicataria provvisoria con determinazione del 3 luglio 2013, interveniva ad opponendum, chiedendo la riammissione in termini ed il riconoscimento dell'errore scusabile, per essere venuta a conoscenza della pendenza del presente gravame solo da ultimo. La controinteressata, dunque,

precisava che l'omesso tempestivo pagamento del contributo costituisce causa di esclusione dalla procedura a prescindere da una previsione alla *lex specialis*, nel caso di specie, peraltro rinvenibile. Evidenziava, altresì, che altro concorrente era stato in grado di effettuare il pagamento e che, pertanto, l'omissione doveva essere addebitata unicamente alla Società ricorrente che, comunque, avrebbe potuto effettuare il versamento presso il servizio di Lottomatica.

A seguito del deposito di ulteriori memorie e della discussione la causa era trattenuta in decisione all'udienza del 10 ottobre 2013.

DIRITTO

1 – Osserva il Collegio, in via preliminare, che l'eccezione dispiegata dall'Amministrazione resistente non merita condivisione. Infatti, la giurisprudenza ha affermato che “l'impugnativa proposta contro l'esclusione da una gara ad evidenza pubblica non ha di fronte controinteressati ai quali occorre notificare il ricorso, non essendo onere del ricorrente seguire gli sviluppi del procedimento ed impugnare atti conseguenti, ricercando i controinteressati successivi. Occorre invece notificare il ricorso almeno ad un controinteressato, a pena di inammissibilità, se al momento della proposizione del ricorso avverso il provvedimento di esclusione, siano noti al soggetto escluso, i beneficiari della procedura” (Cons. Stato, Sez. V, n. 3193 del 2011).

Si è eccepita, peraltro, l'intervenuta aggiudicazione provvisoria.

A riguardo il Collegio rileva che – proprio in forza di quanto appena espresso – nel ricorso proposto da un concorrente escluso, l'aggiudicatario provvisorio assume la veste di controinteressato solo quando l'esclusione e l'aggiudicazione siano avvenute contestualmente, ossia senza soluzione di continuità, potendo – in quel caso dunque – il soggetto escluso rendersi perfettamente conto che l'impugnativa incide sulla posizione, differenziata e giuridicamente protetta, di altro soggetto privato.

Ne deriva che, nelle controversie aventi ad oggetto il provvedimento di esclusione dalle procedure di gara il ricorso avverso il provvedimento di esclusione non deve essere notificato ad alcun controinteressato, salvo che lo stesso non sia intervenuto quando la gara si era già conclusa, nel qual caso il gravame deve essere notificato all'impresa aggiudicataria (C.g.a., 29 gennaio 2007 n. 7; Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2005 n. 5200), essendo invece sufficiente per l'ammissibilità del gravame, che il ricorso sia stato notificato alla stazione appaltante.

In ogni caso, emerge - nella specie - che la Società Telecom, aggiudicataria provvisoria si è costituita in giudizio e ha dispiegato intervento ad opponendum, avverso il quale la parte ricorrente non si è opposta. Ritiene il Collegio di dover accedere alla richiesta di rimessione in termini, svolta dalla interveniente, sussistendo i presupposti di cui all'art. 37 c.p.a.. Di conseguenza risulta confermata, dunque, l'insussistenza di qualsivoglia lesione del principio del contraddittorio, costituzionalmente garantito dall'art. 111 Cost. e ora espressamente richiamato nel Codice del processo amministrativo (art. 2).

Né può ritenersi che la ricorrente fosse tenuta ad impugnare l'intervenuta aggiudicazione provvisoria mediante motivi aggiunti, poiché – come chiarito dalla giurisprudenza – essa “anche se individua un potenziale aggiudicatario definitivo della gara, è un atto ancora ad effetti instabili, del tutto interinali, e determina solo la nascita di una mera aspettativa, con la conseguenza che è sempre possibile per l'Amministrazione procedere in autotutela” (ex multis, TAR Toscana – 1 settembre 2011 n. 1372; cfr., anche, Cons. Stato, Sez. V, 8 marzo 2011, n. 1446).

2 – Sempre in via preliminare, deve precisarsi che l'oggetto del presente giudizio deve essere riferito per quanto attiene ai vizi della motivazione dell'esclusione, a quanto contenuto nel secondo provvedimento prot. 40653/TRI del 25 giugno 2013, con cui il Ministero ha espressamente rettificato il primo atto 39425/TRI del 13 giugno 2013, che si fondava - come dichiarato dalla stessa Amministrazione – per mero errore materiale, su un motivo riferito ad

altro concorrente (doc. 10 allegato al ricorso).

3 – Nel merito il ricorso è fondato.

Risulta dagli atti di causa e da quanto affermato dalla stessa Autorità con l'atto del 3 giugno 2013 il malfunzionamento del servizio di riscossione contributi, tale da portare l'AVCP ad invitare le stazioni appaltanti "ad ammettere alle procedure in scadenza gli operatori economici che manifestino o avessero manifestato difficoltà di pagamento del contributo a partire da giovedì 30 maggio, con riserva di regolarizzazione appena la piattaforma di pagamento sarà nuovamente disponibile".

Non può considerarsi rilevante, peraltro, che il sistema non risultasse totalmente bloccato e che taluni operatori siano riusciti ad eseguire il pagamento, infatti appare confermata la circostanza che si sia verificato per vari giorni una discontinuità nel servizio.

Risulta, altresì, che la ricorrente si è preoccupata di procurarsi il bollettino il 29 maggio tramite il servizio on line dell'AVCP e nei giorni successivi ha inutilmente tentato di effettuare il pagamento anche presso le ricevitorie.

Il servizio, peraltro, era ripristinato nel pomeriggio prima della scadenza, in un tempo che non appare ragionevolmente idoneo a determinare l'eccezionale mancanza di diligenza della ricorrente nel completare la documentazione per la presentazione dell'offerta.

Vero è che l'Autorità aveva correttamente invitato le Amministrazioni ad accettare le offerte presentate nei termini tuttavia, dando la possibilità di effettuare il pagamento a termini scaduti (come di fatto avvenuto).

Tali circostanze confermano l'illegittimità del provvedimento in quanto in contrasto con i principi di affidamento e buona fede, ormai affermati dalla giurisprudenza anche per la pubblica amministrazione (Cfr. Cons. Stato Sez. VI, 17 ottobre 2006, n. 6190; id., sez. V, 26 gennaio 2011, n. 550), per cui i principi di tutela dell'affidamento e di correttezza dell'azione amministrativa e la generale clausola di buona fede, nonché della massima partecipazione, debbono informare l'azione amministrativa nel suo complesso, come del resto questo Tribunale ha già avuto modo di affermare (TAR Lazio, Sez. III, n. 5788 del 2011; cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 1 aprile 2011).

In fattispecie analoga, infatti, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di affermare che "tutte le disposizioni che regolano lo svolgimento della gara per la scelta del contraente, contenute nel bando, nella lettera di invito, nel capitolato o nei chiarimenti comunicati con le medesime modalità degli atti di gara, concorrono a formare la disciplina per cui, in caso di equivocità, un corretto rapporto tra Amministrazione e privato, rispettoso dei principi di buon andamento dell'azione amministrativa, di imparzialità e di buona fede, impone la tutela dell'affidamento degli interessati in buona fede mediante l'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara e che sia conforme all'intento dell'Amministrazione di ottenere le prestazioni richieste ad un prezzo più vantaggioso, in termini qualitativi e quantitativi" (TAR Lazio, Sez. III, n. 5788 del 2011 cit.).

Nella specie – a parte ogni ulteriore considerazione in ordine alla sufficienza dei tempi messi a disposizione dei concorrenti, stante l'acclarato malfunzionamento del servizio per molti giorni, appare palese l'affidamento ingenerato nella ricorrente dal più volte richiamato avviso dell'AVCP e nella conseguente possibilità di effettuare il pagamento dopo la scadenza del termine.

Non si tratta evidentemente, nella specie, di affermare un potere di deroga alla normativa in materia di appalti da parte dell'Autorità, quanto di ripristinare le condizioni di presentazione dell'offerta evitando che la discontinuità del servizio ed il malfunzionamento potesse incidere sulla corretta ed ampia partecipazione alla gara, nell'interesse stesso della pubblica amministrazione di poter scegliere l'offerta migliore tra un'ampia platea di concorrenti.

Mentre, al contrario, l'esclusione della ricorrente dalla gara inciderebbe sul principio di "favor participationis" sopra ricordato.

Il ricorso è, dunque, fondato e deve essere accolto con annullamento degli atti gravati.

Nulla deve provvedersi sull'istanza risarcitoria, formulata dalla parte ricorrente unicamente per il caso di mancata riammissione alla stessa alla gara.

In considerazione della particolarità della vicenda in fatto sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Eduardo Pugliese, Presidente

Antonio Vinciguerra, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/10/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)