



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 Emilia Romagna
(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1229 del 2011, proposto da:
C.P.L. Concordia Società cooperativa, in persona del Presidente p.t.,
rappresentata e difesa dagli avv. Elisa Toffano e Marco Bertazzolo,
con domicilio eletto presso l'avv. Francesco Bragagni, con studio in
Bologna, Strada Maggiore n. 31;

contro

Molinella Futura s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avv. Benedetto Graziosi e Giacomo
Graziosi, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Bologna,
via dei Mille n. 7/2;

nei confronti di

Olicar s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e
difesa dagli avv. Franco Ferrari e Antonio Carullo, con domicilio

eletto presso lo studio del secondo, in Bologna, Strada Maggiore n. 47;

per l'annullamento, previa sospensiva,

a) della nota in data 28.09.2011, con cui il Responsabile del procedimento ed amministratore unico di Molinella Futura s.r.l. ha comunicato a C.P.L. Concordia che la gara pubblica avente oggetto "servizi e lavori per gestione e manutenzione impianti di riscaldamento e condizionamento 01.10.2011 - 30.09.2020" è stata definitivamente aggiudicata alla concorrente Olicar s.p.a.; b) del provvedimento in data 27.09.2011, con il quale Molinella Futura s.r.l. ha aggiudicato definitivamente ad Olicar s.p.a. la gara in parola; c) di tutti i verbali di gara per quanto lesivi della posizione giuridica della ricorrente; d) del disciplinare di gara per quanto lesivo della posizione giuridica della ricorrente; e) di ogni altro atto, connesso consequenziale e/o presupposto, ed in particolare, per quanto occorra, del contratto d'appalto che, nel frattempo venisse sottoscritto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Molinella Futura s.r.l. e di Olicar s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2012, il dott.

Umberto Giovannini e uditi, per le parti, i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La controversia in esame concerne la verifica della legittimità del provvedimento in data 27/9/2011, con la quale Molinella Futura s.r.l. – società a totale partecipazione del comune di Molinella - ha aggiudicato definitivamente a Olicar s.p.a. la gara pubblica bandita “per l’affidamento dell’appalto dei servizi e lavori gestione e manutenzione impianti riscaldamento e condizionamento – periodo 2011 – 2020 “.

C.P.L. Concordia, società cooperativa odierna ricorrente, che ha partecipato alla gara posizionandosi al secondo posto della relativa graduatoria, ha inoltre impugnato: la nota con la quale la stazione appaltante le ha comunicato il suddetto provvedimento di aggiudicazione ad altra concorrente e, se e in quanto lesivi i verbali della commissione giudicatrice e il disciplinare di gara.

La stessa ha inoltre proposto azione diretta a essere risarcita dai danni subiti a causa delle illegittimità da cui ritiene siano affetti gli atti impugnati.

Molinella Futura s.r.l., costituitasi in giudizio, chiede in via preliminare l’inammissibilità o l’irricevibilità per tardività del quarto motivo di ricorso, afferente una disposizione del disciplinare di gara, che, a suo giudizio, avrebbe dovuto essere immediatamente

impugnata in quanto direttamente lesiva della posizione della ricorrente e non quindi solo unitamente all'atto di aggiudicazione definitiva della gara. Nel merito, Molinella Futura s.r.l. chiede la reiezione del ricorso, in quanto infondato e la condanna della ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Si è inoltre costituita in giudizio Olicar s.p.a. – impresa aggiudicataria dell'appalto – chiedendo anch'essa la reiezione del gravame per infondatezza dello stesso e la condanna della ricorrente alla rifusione delle spese di lite.

Con ordinanza collegiale n. 957 del 2/12/2011, questa Sezione ha accolto l'istanza cautelare presentata dalla ricorrente, sul presupposto che il ricorso "...appare fondato limitatamente al quinto motivo articolato avendo l'Amministrazione omesso di verificare la congruità dell'offerta risultata aggiudicataria, come previsto dall'art. 12 (pag. 22) del disciplinare di gara, di talché occorre sospendere l'efficacia degli atti impugnati, fermo restando che l'Amministrazione è tenuta a riattivare la procedura selettiva a partire dalla fase procedimentale pretermessa;..."

Alla pubblica udienza del 11/1/2012, la causa è stata chiamata e, quindi, è stata trattenuta per la decisione come da verbale.

Il Collegio ritiene preliminarmente di rilevare, riguardo ai fatti di causa successivi alla pubblicazione della predetta ordinanza cautelare, che la stazione appaltante ha proceduto a rinnovare il procedimento di gara sia avvisando l'aggiudicataria dell'avvio del procedimento per

l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva sia fissando alla stessa termine per il deposito delle giustificazioni inerenti le varie componenti dell'offerta risultata prima in graduatoria, sia, infine, riconvocando nuovamente la commissione giudicatrice al fine di verificare l'eventuale anomalia della predetta offerta.

In esito all'effettuazione di tali operazioni, Molinella Futura s.r.l. ha assunto le seguenti determinazioni: a) con verbale della Commissione giudicatrice in data 30/12/2011 ha rilevato – a conclusione del sub procedimento di verifica dell'anomalia – che l'offerta di Olicar s.p.a non è anormalmente bassa; b), c) con atto sempre del 30/12/2011 prot. n. 1271 ha contestualmente adottato il provvedimento di annullamento, in autotutela, della aggiudicazione definitiva della gara in favore di Olicar s.r.l. e di nuova aggiudicazione dell'appalto in favore della stessa concorrente. A tali fatti sopravvenuti, consegue, secondo il Collegio, che i suddetti atti debbano essere oggettivamente qualificati quali atti posti in essere dall'amministrazione appaltante avvalendosi dei propri poteri in autotutela, con l'ulteriore conseguenza che gli stessi non risultano adottati in mera esecuzione dell'ordinanza cautelare T.A.R., in ragione della loro indubbia natura provvedi mentale.

In particolare, avendo Molinella Futura s.r.l. annullato in autotutela la precedente aggiudicazione definitiva e contestualmente proceduto a nuova aggiudicazione sempre in favore di Olicar s.r.l., è contro tale ultimo provvedimento che, eventualmente, la ricorrente potrà

riproporre le censure, in quanto l'aggiudicazione impugnata con il presente ricorso è stata caducata con efficacia "ex tunc" dall'amministrazione.

Dalle considerazioni che precedono ulteriormente consegue l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza d'interesse, quanto meno in riferimento alle censure che aggrediscono direttamente o indirettamente (sulla base di motivi che rilevano l'illegittimità di atti endo - procedurali quali, ad es. i verbali di gara), non sussistendo ormai più alcun interesse per la ricorrente all'annullamento di un provvedimento già oggetto di ritiro in autotutela da parte della stessa amministrazione.

Nel dettaglio, il ricorso deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse in riferimento: al primo motivo (rilevante illegittimità dell'aggiudicazione impugnata per ritenuta violazione del bando di gara, del disciplinare, nonché dell'art. 41 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 97 Cost.); al secondo motivo (rilevante l'illegittimità dell'aggiudicazione per violazione dell'art. 7.2 del disciplinare di gara) e al terzo motivo (rilevante l'illegittimità dell'aggiudicazione per ritenuta violazione dell'art. 7.3 del disciplinare di gara e dell'art. 42 del D. Lgs. n. 163 del 2006).

Per quanto concerne il quinto motivo di ricorso rilevante, come si è detto, in via subordinata rispetto alle precedenti quattro censure, la violazione degli artt. 86 e segg. del D. Lgs. n. 163 del 2006 per mancata sottoposizione dell'offerta dell'impresa aggiudicataria al

procedimento di verifica dell'anomalia, si ribadisce che la stazione appaltante ha proceduto – come le aveva prescritto la Sezione in sede di ordinanza cautelare, a rinnovare detta fase procedimentale di verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria – e poi, all'esito di tali operazioni, ad annullare in autotutela l'aggiudicazione definitiva in favore di Olicar s.r.l. in quanto viziata per detta omissione procedimentale e contestualmente ad aggiudicare nuovamente l'appalto alla stessa concorrente.

Il Collegio deve rilevare, pertanto, che anche in riferimento a tale motivo, il ricorso non si sottrae a declaratoria di improcedibilità per sopravvenuta carenza d'interesse (e non di cessazione della materia del contendere), essendo conseguito al provvedimento di annullamento una nuova aggiudicazione definitiva della gara, come la precedente ugualmente lesiva della situazione giuridica della ricorrente, ancorché emendata del suddetto vizio procedimentale.

Resta quindi da affrontare il quarto motivo di ricorso con il quale la società – in dichiarata subordinazione rispetto ai primi tre rilievi che aggrediscono l'aggiudicazione – sostiene in concreto l'illegittimità dell'art. 12 del disciplinare di gara, ove tale norma della “lex specialis” dispone che “...la seconda fase prevede la valutazione dell'offerta tecnica che avverrà in una o più sedute in forma riservata. La Commissione procederà ai seguenti adempimenti: a) lettura dell'elenco degli operatori economici ammessi; b) apertura della busta “B” ed esame volto alla verifica della documentazione...c)

stesura della graduatoria provvisoria in base al punteggio assegnato”.
L’interessata deduce, in riferimento al fatto che la Commissione di gara, in applicazione della suddetta norma, ha aperto le buste “B” in seduta riservata e non pubblica, la violazione dell’art. 2 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE; in concreto fondando il rilievo su una recentissima sentenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che ha statuito in ordine alla necessità, in una gara pubblica da aggiudicare con il sistema dell’offerta economicamente più vantaggiosa, che anche l’operazione di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche debba avvenire in seduta riservata (C.d.S. A.P. 28/7/2011 n. 13).

Il Collegio preliminarmente rileva di potersi astenere dall’esaminare l’eccezione di inammissibilità/irricevibilità della censura sollevata dalla società pubblica, in ragione dell’infondatezza della stessa nel merito.

Si osserva, al riguardo che né la Commissione giudicatrice, nel verbale relativo all’operazione di apertura delle buste B, né, tanto meno, la stazione appaltante, all’atto di pubblicazione del disciplinare di gara, potevano oggettivamente tenere conto della pronuncia della Plenaria, in quanto è fatto incontestato, che essa è stata pubblicata successivamente a tali atti.

Tutto ciò in un contesto giurisprudenziale in cui – fino a detta sentenza - l’orientamento assolutamente prevalente negava l’obbligo della pubblicità delle sedute di gara riguardanti la valutazione della

offerta tecnica e l'apertura delle relative buste (v. Cons. Stato, sez. III, 12/7/2011 n. 4168; sez. V, 13/10/2010 n. 7470; 16/8/2010 n. 5722; 13/7/2010 n.4520; 14/10/2009 n. 6311).

Fino alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria la giurisprudenza predominante era infatti nel senso che "...l'obbligo della pubblicità della seduta non riguarda né la valutazione dell'offerta tecnica, e neanche l'apertura delle relative buste, e che conseguentemente la "lex specialis" può ben prevedere che quest'ultima operazione sia effettuata nella stessa seduta riservata in cui ha luogo la valutazione." (v. Cons. Stato sez. III, n. 4168 del 2011 cit.).

D'altra parte, si deve ancora rilevare, quale ulteriore profilo della questione esaminata, che il vizio dedotto attiene ad un aspetto puramente formale della procedura di gara e che, nella specie, la ricorrente non ha supportato la relativa censura con alcun argomento, neppure indiziario, che faccia ritenere che tali violazioni formali abbiano poi dato luogo a sostanziali illegittimità – in danno della stessa – nella valutazione delle offerte tecniche (v. in termini: Cons. Stato, sez. III, n. 4168 del 2011 cit.).

Per quanto concerne, infine, la pretesa risarcitoria proposta dalla ricorrente, il Collegio ritiene che – quanto meno per il quarto motivo dedotto, in riferimento al quale l'amministrazione ha, entro breve termine, annullato in autotutela il gravato provvedimento di aggiudicazione – la stessa vada respinta, non avendo la proponente comprovato la sussistenza di alcun danno subito, discendente

direttamente dalla gravata aggiudicazione, nel (breve) periodo intercorso tra l'adozione del provvedimento e la sospensione dell'esecuzione dello stesso disposta da questa Sezione con la già citata ordinanza cautelare n. 957 del 2/12/2011.

Per le suesposte ragioni, il ricorso di cui in epigrafe, in parte va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse e in parte va respinto.

Tenuto conto del complessivo esito della controversia e della reciproca soccombenza, il Collegio ritiene che sussistano giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese del giudizio tra le parti, fermo restando quanto già statuito, al riguardo, in sede cautelare.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia – Romagna, Bologna (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse e in parte lo respinge.

Spese compensate, fatto salvo quanto già disposto in sede cautelare.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Bruno Lelli, Consigliere

Umberto Giovannini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/01/2012

IL SEGRETARIO

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