



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5275 del 2013, proposto da:

Graded S.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Alessandro Vinci Orlando, Raffaele Izzo e Diego Vaiano, con domicilio eletto presso Studio Legale Izzo - Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio, 3;

contro

ATER del Comune di Roma, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Gianluca Bravi, con domicilio eletto in Roma, via F. Paulucci Da Calboli n. 20/E;

per l'annullamento

della determinazione di cui alla nota prot. n. 31764 del 21 maggio 2013, con la quale l'ATER ha rigettato la richiesta, formulata in data 20 maggio 2013 dalla ricorrente, di essere messa in condizione, a seguito delle modifiche apportate alla legge di gara, di poter effettuare i sopralluoghi sugli impianti oggetto della gara nonché di ottenere proroga dei termini per la presentazione dell'offerta;

per quanto di ragione, del bando di gara spedito in data 18 marzo 2013, avente ad oggetto: "la procedura aperta per l'affidamento del servizio integrato Energia etc.."

del chiarimento (F.A:Q.) GS201304STI n. 4 di data non conosciuta, apparso sul sito ATER, con il quale quest'ultima, in risposta al quesito n. 4 del 10 maggio 2014, ha evidenziato come "Le Società interessate che abbiano già inoltrato la richiesta per l'accreditamento per tale certificazione possono partecipare in quanto tale atto sarà ritenuto sufficiente per assolvere a quanto indicato all'art. 14, lett. B) p. 4 del Bando", modificando, pertanto, la previsione limitativa di cui all'art. 14, lett. B) p. 4 del Bando.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'ATER del Comune di Roma;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 novembre 2013 il Cons. Maria Luisa De Leoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 6 giugno 2013 e notificato il successivo 7 giugno, la Società ricorrente impugna gli atti specificati in epigrafe e ne chiede l'annullamento.

Riferisce che l'ATER, con bando del 18 marzo 2013, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio integrato di Energia e dei Servizi connessi.

L'art. 14 del bando di gara rubricato: "condizioni di partecipazione" prescriveva i documenti da inserire nella busta "Documenti":

"A) Abilitazione secondo il DM 27/08 (...) o altra abilitazione o documentazione equivalente prodotta secondo le normative vigenti nei rispettivi Paesi, rilasciata dalla competente C.C.I.A.A. o analogo documento di altro Stato aderente all'Unione Europea;

B) Certificazioni di qualità:

1. ISO 9001:2000;

2. ISO 14001:2004:3.

3. OHSAS 18001:2007;

tutte per attività riconducibili alla gestione calore o altra certificazione equivalente, rilasciata da soggetti accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000;

4. UNI CEI 11352:2010 (in caso di raggruppamento è richiesto solo per la mandataria)"

C) attestazione di sopralluogo rilasciata dall'Agenzia appaltante secondo il calendario allegato al Bando.

Il predetto art. 14 del Bando precisava, altresì, che "La mancata presentazione di uno o più dei requisiti indicati, ovvero la non corretta o inesatta corrispondenza rispetto ai requisiti minimi ivi specificati, comporterà l'esclusione dalla gara"; mentre l'art. 22 del medesimo bando richiamava l'attenzione sulla obbligatorietà del sopralluogo, a pena di esclusione, da effettuare secondo il calendario di cui all'allegato 11 al Capitolato speciale.

La ricorrente, non disponendo della certificazione di qualità UNI CEI 11352:2010 e ritenendo di non poterla conseguire entro il termine di presentazione delle offerte (6 giugno 2013) desisteva dal fare il sopralluogo (19 aprile 2013) e dall'elaborare il progetto tecnico.

Solo dopo la scadenza del termine per effettuare detto sopralluogo veniva pubblicato sul sito internet della S.A. il chiarimento (F.A.Q.) n. 4 GS201304STI in risposta ad un quesito, ove veniva puntualizzato che per "la certificazione di qualità di cui all'art. 14, lett. B., p. 4 può essere sufficiente la sola richiesta di accreditamento presentata agli organismi competenti. Le società interessate che abbiano già presentato la richiesta per l'accreditamento per tale certificazione possono partecipare in quanto tale atto sarà ritenuto sufficiente per assolvere a quanto indicato all'art. 14, lett. B p. 4 del Bando. Si ricorda altresì che in base al disposto dell'art. 43, u. cpv, del d. lgs. n. 163 del 2006 la S.A. potrà ammettere parimenti altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità prodotte dagli operatori economici."

Conseguentemente la ricorrente chiedeva una proroga del termine di presentazione delle offerte e di essere messa in condizione di poter effettuare i sopralluoghi obbligatori al fine di predisporre il progetto tecnico, cui la S.A. opponeva l'impugnato diniego, sul rilievo che "ciò comporterebbe uno slittamento dei tempi necessari all'esame dei progetti e all'espletamento della gara stessa a discapito del periodo di consegna degli impianti al nuovo appaltatore prima della loro inevitabile attivazione".

A sostegno delle proprie ragioni deduce:

1. Violazione del principio costituzionale di buon andamento dell'attività amministrativa (art. 97 Cost.) e del criterio di efficienza ed economicità (art. 1 L. n. 241 del 1990); violazione dei principi di equità, proporzionalità, adeguatezza ed efficacia; violazione della buona fede procedimentale; violazione della libertà di iniziativa

economica (art. 41 Cost.); violazione della effettività del principio, comunitario e nazionale, di tutela della concorrenza (art. 81, ex 85, e ss. del Trattato dell'Unione Europea) del libero accesso alle gare, della libera prestazione di servizi (art. 49, ex 59, del Trattato); violazione e falsa applicazione dell'art. 66 d. lgs. n. 163 del 2006. Violazione delle regole poste a presidio della concorrenza. Eccesso di potere per difetto di presupposti, illogicità, ingiustizia grave e manifesta, disparità di trattamento.

La ricorrente assume, in sostanza, che quanto apparso sul sito dell'Agenzia (F.A.Q.) n. 4 GS201304STI in risposta ad un quesito non possa costituire un semplice chiarimento trattandosi di una modifica sostanziale del Bando di gara, poiché comporta variazione del termine entro cui le imprese partecipanti alla gara devono essere in possesso dei requisiti richiesti senza il rispetto delle forme di pubblicità e delle garanzie procedurali.

Si sofferma ad illustrare le garanzie poste dall'ordinamento in ordine ai provvedimenti di rettifica, garanzie che a maggior ragione non possono venir meno nel caso di modifica del bando di gara. Consegue che il principio della identità della forma pubblicitaria di cui all'art. 1336, comma 2, c.c. per l'offerta al pubblico e dell'art. 1990 c.c. per la promessa al pubblico deve, quindi, valere anche per la modifica al bando di gara.

La S.A., pertanto, avrebbe dovuto adottare un nuovo provvedimento, pubblicato mediante le forme nelle quali era stato pubblicato il primo bando, tenuto conto che la modifica apportata incide su un requisito soggettivo di partecipazione.

Deduce, infine, la illogicità e irrazionalità della motivazione posta a fondamento del diniego.

L'ATER, costituitasi in giudizio, chiede il rigetto del ricorso, siccome inammissibile e infondato nel merito.

Con ordinanza n. 2413 del 2013 è stata respinta la domanda incidentale di sospensione.

Con memoria depositata in prossimità della pubblica udienza, la ricorrente ribadisce le proprie ragioni.

All'udienza del 5 novembre 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

L'oggetto dell'impugnativa è costituito: a) - dal provvedimento con cui l'ATER ha respinto la richiesta, avanzata dalla società Graded., volta ad ottenere una proroga dei termini per la presentazione dell'offerta e ad effettuare il sopralluogo sugli impianti oggetto della gara; b) - dal chiarimento n. 4 GS201304STI; c) - ove occorra, dal bando di gara.

Le censure dedotte, peraltro, vengono confutate dalla resistente amministrazione, la quale ne evidenzia l'inammissibilità e l'infondatezza nel merito.

In proposito occorre considerare che la predetta Società non ha presentato domanda di partecipazione alla gara, in quanto non è in possesso della certificazione di qualità richiesta dal bando.

Il Collegio condivide l'opinione, che si è ormai affermata in giurisprudenza, secondo cui qualora la lex specialis contenga clausole discriminatorie e comunque ostative alla partecipazione, tali che la presentazione della domanda di partecipazione alla gara si risolverebbe in un adempimento formale inevitabilmente seguito da un atto di esclusione, l'interesse ad impugnare il bando sussiste a prescindere dalla mancata presentazione della domanda (in termini Cons. Stato, Sez. V, 9 aprile 2010, n. 1999; Sez. V, 19 marzo 2009, n. 1624; Sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2804).

Nel caso di specie è proprio l'interessata che qualifica come escludente la disposizione di cui all'art. 14 del bando, la quale richiedeva un requisito per la partecipazione non posseduto dalla medesima ricorrente (certificazione UNI CEI 11352:2010). A fronte della rappresentata situazione, l'istante avrebbe dovuto procedere alla tempestiva impugnazione della clausola di bando ritenuta ostativa alla sua partecipazione. Tanto non è stato fatto nei termini prescritti, sicché, per questa parte, il ricorso è irricevibile.

Il ricorso è altresì inammissibile nella parte in cui è volto a contestare il suddetto chiarimento n. 4 GS201304STI,

con cui la Stazione appaltante ha precisato che per “la certificazione di qualità di cui all’art. 14, lett. B, p. 4 del bando può essere sufficiente la sola richiesta di accreditamento presentata agli organismi competenti. Le società interessate che abbiano già presentato la richiesta per l’accreditamento per tale certificazione possono partecipare in quanto tale atto sarà ritenuto sufficiente per assolvere a quanto indicato all’art. 14, lett. B, p. 4 del Bando (...)”.

Sul punto è sufficiente osservare che la ricorrente ha avanzato domanda, come detto, per la riapertura dei termini onde poter effettuare il sopralluogo e poi redigere l’offerta, ma non ha comprovato di aver presentato la richiesta, intesa ad ottenere la certificazione di qualità necessaria per la partecipazione alla ripetuta gara, alla data di pubblicazione del chiarimento o, comunque, prima della scadenza dei termini per la presentazione della domanda e tanto meno ha dichiarato di possedere i requisiti, indicati dalla stessa norma UNI 11352 e dall’art. 5.3.2 del D.M. 7.3.12, per poter ottenere la certificazione stessa.

Ciò comporta che l’istante non avrebbe potuto in ogni caso partecipare alla gara non trovandosi nella condizione originariamente richiesta dal bando e poi mitigata dal chiarimento (F.A.Q.) n. 4 GS201304STI di cui si tratta.

Sicchè non può essere riconosciuto alcun interesse a contestare il chiarimento stesso.

Da quanto sopra consegue che le censure rivolte avverso il diniego opposto dall’Amministrazione alla richiesta di riapertura dei termini per il sopralluogo sono prive di fondamento.

Invero, a fronte della accertata impossibilità per l’Impresa ricorrente di partecipare alla gara, come sopra chiarito, correttamente la Stazione appaltante ha ritenuto di opporre il controverso diniego, ravvisando un pregiudizio all’interesse pubblico in ragione della inevitabile protrazione dei tempi che certamente avrebbe compromesso la consegna degli impianti al nuovo appaltatore prima della loro attivazione .

In conclusione, il ricorso deve essere dichiarato in parte irricevibile, in parte inammissibile, e in parte infondato.

In considerazione della particolarità della fattispecie all’esame, il Collegio reputa opportuno disporre la compensazione delle spese di giudizio tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara irricevibile, in parte lo dichiara inammissibile e in parte lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Maria Luisa De Leoni, Consigliere, Estensore

Giuseppe Sapone, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il 06/12/2013

IL SEGRETARIO

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