



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

sul ricorso numero di registro generale 2097 del 2001, proposto da:
Cedes Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Enrico Gaz, con domicilio eletto presso
Enrico Gaz in Venezia, Santa Croce, 269;

contro

U.L.S.S. N. 1 - Belluno - (Bl), rappresentato e difeso dall'avv. Sandro De Vecchi,
con domicilio eletto presso Francesco M. Curato in Venezia, Piazzale Roma,
468/B;

per l'annullamento

della esclusione dalla gara di appalto per i lavori di completamento di un hospice
denominato “Casa tua due” per lo svolgimento di cure palliative e della
conseguente applicazione delle sanzioni di legge di cui all’art. 10 comma 1 quater,
l.109/1994;nonché di ogni atto conseguente, presupposto e/o comunque
connesso; con richiesta di risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di U.L.S.S. N. 1 - Belluno - (Bl);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 novembre 2013 il dott. Roberto Vitanza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il ricorrente è stato escluso dalla gara d'appalto, indetto dalla ULSS n. 1 di Belluno, per il completamento di un ospizio denominato "Casa tua due" utilizzato per la somministrazione di cure palliative, perché non ha prodotto la documentazione richiesta nei termini indicati dall'art. 10 quater della L.108/1994.

Per tale ragione il predetto ricorrente è stato anche sanzionato dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture (di seguito AVCP) e la cauzione prestata per l'indicata gara incamerata dalla stazione appaltante.

Non consta, dagli atti, che la ricorrente ha reagito contro il provvedimento assunto nei suoi confronti dall'AVCP, né che la stessa, nell'immediatezza dell'esclusione, ovvero successivamente, ha avanzato istanza cautelare avverso il provvedimento oggetto del presente scrutinio.

Comunque, contro tale determinazione escludente, la parte ricorrente ha proposto ricorso giurisdizionale affidato a due motivi di gravame.

Preliminarmente il Collegio ritiene di dover scrutinare il secondo motivo di ricorso che censura riguardante l'incompetenza del RUP ad assumere anche la veste di Presidente il Collegio di gara.

Il motivo non è fondato.

Invero è necessario segnalare che la gara in argomento ha utilizzato il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, così che l'attività della commissione di gara

doveva limitarsi ad una mera certificazione delle relative offerte, senza alcuna valutazione discrezionale delle stesse, per cui nessuna interferenza obiettiva della gara poteva imputarsi alla commistione delle diverse funzioni, proprie della procedura concorsuale, nella stessa persona.

Con il primo motivo di ricorso, invece, la ricorrente lamenta che la stazione appaltante, ha, in data 7 giugno 2001, richiesto alla ricorrente la produzione dei documenti comprovanti il possesso dei requisiti richiesti perché aggiudicataria provvisoria.

Tale incombente veniva assolto dalla predetta in data 15 giugno 2001.

In data 18 giugno 2001 la stessa stazione appaltante comunicava, a rettifica della precedente nota, che i documenti già spediti dal ricorrente dovevano intendersi prodotti, non già quale società provvisoriamente aggiudicataria, bensì quale concorrente sorteggiato per la verifica dei requisiti (nota del 18 giugno 2001, doc. 5 del foliaro di parte).

Quindi, in data 21 giugno 2001 la stazione appaltante comunicava alla ricorrente la sua esclusione dalla gara perché il documento prodotto e relativo alla regolare esecuzione di lavori non era conforme, né per l'importo, né per il periodo richiesto.

Invero, la ricorrente ha ammesso di aver adempiuto alla prima richiesta in modo inesatto (ha prodotto un certificato di regolare esecuzione di lavori con data antecedente al quinquennio di riferimento), ma, lo stesso giorno (21 giugno 2001), ha provveduto a trasmettere alla stazione appaltante un nuovo documento adeguato alla previsione di gara.

Tale produzione documentale non veniva accettata dalla resistente, attesa la natura perentoria del termine dell'art. 10 quater Legge cit..

Al riguardo, osserva il Collegio, che il pacifico insegnamento giurisprudenziale del tempo (Cons. St., sez. IV, 6 giugno 2001, n. 3066; Cons. St., sez. VI, 15 maggio

2001, n. 2774), in uno con il chiaro tenore letterale della norma, che prevedeva espressamente l'esclusione del concorrente per omessa produzione dei documenti richiesti entro il termine stabilito, conforterebbe la tesi ed il conseguente provvedimento assunto dalla stazione appaltante.

Anche l'AVCP con atto di regolamentazione n. 15 del 30 marzo 2000 (G.U., supplemento n. 120 del 25 maggio 2000) ha segnalato la perentorietà del termine in questione.

In realtà l'angolo visuale che richiede un maggiore approfondimento, attiene, non già al momento temporale della produzione documentale richiesta, quanto, piuttosto, alla contraddittoria comunicazione fornita dalla stazione appaltante circa i motivi sottesi alla stessa.

Infatti, emerge dagli atti e non è motivo di contrasto, il fatto che l'originaria richiesta di produzione documentale è stata avanzata ai sensi dell'ultima parte dell'art. 10 quater Legge cit., ossia perché il ricorrente risultava, a detta della stazione appaltante, aggiudicatario provvisorio.

La differenza non è di poco conto perché la norma, in questo caso, non prevedeva, in caso di ritardo nel riscontro alla richiesta della stazione appaltante, alcuna sanzione espulsiva del concorrente, così che il termine previsto aveva esclusiva natura ordinatoria.

In tal senso si è pronunciata la stessa AVCP con la determinazione n. 15 citata.

Risulta, sempre dagli atti e dalla stessa istruttoria disposta dalla ACVP, che la ricorrente ha, comunque, successivamente trasmesso alla stazione appaltante il documento richiesto e comprovante i requisiti previsti dal bando.

Allora, l'ambiguo comportamento della p.a., che ha certamente provocato nella ricorrente un legittimo affidamento circa i termini della richiesta, proprio in ragione della provenienza della stessa, deve essere esattamente valutato nell'economia della presente vicenda.

Infatti, la posizione dell'aggiudicatario provvisorio è, come detto, sostanzialmente diversa da quella del concorrente sottoposto a verifica perché sorteggiato.

Nel primo caso è proprio l'interesse alla stipulazione del contratto che informa la conseguente tempistica di produzione documentale, sicché il termine indicato ha natura sollecitatoria e la relazione tra le parti non soggiace ad una rigida formalità, avendo l'aggiudicatario la possibilità di interloquire dialetticamente con la stazione appaltante circa aspetti marginali e meramente formali della documentazione prodotta.

E' evidente che, nel caso di specie, la stazione appaltante ha valutato i documenti prodotti dalla ricorrente, siccome aggiudicatario provvisorio, nei termini più rigorosi previsti per il concorrente sorteggiato.

Tale errore, invero doveva, quanto meno comportare una rimessione in termini del concorrente, affinché egli potesse, per tempo, provvedere alle allegazioni richieste.

Consta dagli atti e non è revocabile in dubbio, che il provvedimento di esclusione - e la relativa motivazione - è intervenuto contestualmente al giorno previsto per l'apertura delle offerte, così che il ricorrente non aveva la materiale possibilità di integrare la precedente ed errata documentazione.

Invero, non possono imputarsi al ricorrente gli effetti dell'erroneo comportamento della stazione appaltante, anche perché tale anomalo contegno lascia adito a dubbi circa la par condicio e la terzietà della stessa stazione appaltante.

Né può sottacersi, ad ulteriore conforto delle suesposte argomentazioni, che la comunicazione della mutata motivazione circa le ragioni della richiesta produzione documentale deve essere, comunque, considerata come annullamento in sede di autotutela dell'originaria richiesta, di tal che al ricorrente dovevano, in ogni caso, essere concessi i termini normativamente previsti per l'adempimento documentale richiesto.

Per tali motivi, quindi, il ricorso deve essere accolto ed il provvedimento di esclusione annullato.

Di contro deve essere respinta la richiesta di risarcimento del danno avanzata dalla ricorrente.

E' ormai insegnamento condiviso quello per cui il danno patito deve essere risarcito nei limiti indicati dall'art. 1227 c.c.

E', in effetti, essenziale, nella puntuale definizione del nocumento patito dalla parte, verificare se il pregiudizio alla stessa causato, poteva essere ridotto o limitato, se non escluso, da una sua azione adeguata secondo l'ordinaria diligenza.

Il Consiglio di Stato ha recepito tale orientamento ed ha statuito, nell'Adunanza Plenaria n. 3 del 2011 che :”...Va aggiunto che la latitudine del generale riferimento ai mezzi di tutela e al comportamento complessivo consente di soppesare l'ipotetica incidenza eziologica non solo della mancata impugnazione del provvedimento dannoso ma anche dell'omessa attivazione di altri rimedi potenzialmente idonei ad evitare il danno, quali la via dei ricorsi amministrativi e l'assunzione di atti di iniziativa finalizzati alla stimolazione dell' autotutela amministrativa (cd. invito all'autotutela). Va, del pari, apprezzata l'omissione di ogni altro comportamento esigibile in quanto non eccedente la soglia del sacrificio significativo sopportabile anche dalla vittima di una condotta illecita alla stregua del canone di buona fede di cui all'art. 1175 e del principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.”.

Consta dagli atti che la ricorrente non ha proposto, né avanzato alcuna misura cautelare che, nell'immediatezza avrebbe potuto sicuramente impedire la consumazione del pregiudizio lamentato e, quindi, proprio per le ragioni sopra esposte, riammettere in gara la ricorrente, così che la sua offerta poteva essere adeguatamente valutata.

Tale omissione, a parere del Collegio, costituisce un negligente comportamento da imputare alla ricorrente che, in tal modo, ha contribuito, se non favorito, il radicamento del danno lamentato e che, diversamente agendo, la parte avrebbe potuto evitare, così che la richiesta di risarcimento del danno deve essere respinta.

Un'ultima notazione.

Il riferito insegnamento, trova applicazione anche alle vicende anteriori al 16 settembre 2010, data di entrata in vigore del codice del processo amministrativo, proprio perché, come testualmente statuito dalla decisione della Plenaria sopra riportata, anche in tali evenienze il principio è :” ... estensibile a situazioni anteriori in quanto ricognitiva di principi evincibili dal sistema normativo antecedente all'entrata in vigore del codice ”.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano nel dispositivo.

P.Q.M.

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

Respinge la richiesta di risarcimento di danno.

Condanna la parte resistente al pagamento di lite che liquida complessivamente in euro 1.500,00 (millecinquecento), oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Silvia Coppari, Presidente FF

Enrico Mattei, Referendario

Roberto Vitanza, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/02/2014

IL SEGRETARIO

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