

Il divieto di presentare offerte in aumento è clausola ex se escludente immediatamente impugnabile.

di Daniele Lutrino

Data di pubblicazione: 19-11-2012

Tar Puglia Lecce – sez. III – sentenza 23 ottobre 2012, n. 1702
Presidente Trizzino; Estensore Trizzino

Il divieto di presentare offerte in aumento, ancorché non annoverabile fra le clausole che impediscono ex ante la partecipazione alla gara, incide in modo obiettivo e assolutamente prevedibile sulla formulazione dell'offerta, determinando ex se una lesione attuale ed effettiva dell'interesse alla partecipazione e concretizzando l'effetto espulsivo dalla gara senza necessità di alcun atto applicativo. Pertanto, in ordine a tale clausola, non può essere negata l'esistenza di un onere di immediata impugnazione proprio perché essa sembra sostanzialmente comportarsi come le clausole riguardanti i requisiti soggettivi o di partecipazione, per le quali l'esistenza di tale onere è tradizionalmente affermato.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia
Lecce - Sezione Terza
ha pronunciato la presente
SENTENZA
ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1324 del 2012, proposto da:

Società Cooperativa Sociale Ferrante Aporti, rappresentata e difesa dagli avv.ti Ernesto Sticchi Damiani, Alfredo Caggiula, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Lecce, via 95° Rgt Fanteria, 9;

contro

Comune di Brindisi, rappresentato e difeso dagli avv.ti Francesco Trane, Emanuela Guarino, ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Antonio Astuto in Lecce, via Umberto I, 28;

nei confronti di

Nuvola Consorzio di Cooperative Sociale Soc Coop, rappresentata e difesa dagli avv.ti Fabio Patarnello, Luigi Mariano, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Lecce, via 47° Rgt. Fanteria n. 29;

Auxilium Società Cooperativa Sociale, Pg Melanie Klein Cooperativa Sociale, non costituite in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento di esclusione dalla gara della Cooperativa Ferrante Aporti, adottato in data

13 luglio 2012;

- della determinazione n. 273 del 16 luglio 2012 del Dirigente del Settore AAGG del Comune di Brindisi, di aggiudicazione definitiva;

- del contratto di concessione, ove medio tempore stipulato;

- del provvedimento di ammissione alla gara del Consorzio aggiudicatario;

- del provvedimento di ammissione alla gara del Consorzio aggiudicatario e della costituenda Ati Auxilium;

- del bando di gara approvato dal Comune di Brindisi con determinazione dirigenziale n. 168 del 20 aprile 2012;

- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale, ivi compresi i verbali tutti di gara, nonché, ove occorra, della nota del Dirigente del Settore Pubblica Istruzione del 29 maggio 2012;

- della nota del 10 agosto 2012 prot. n. 45894 di riscontro al preavviso di ricorso ex articolo 243 bis del codice dei contratti;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Brindisi;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e il ricorso incidentale proposto Nuvola Consorzio di Cooperative Sociale Soc Coop;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 60, 120, co. 9, cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 settembre 2012 il Cons. Rosaria Trizzino e uditi l'avv. Caggiula per la ricorrente, gli avv. Mariano e Patarnello, quest'ultimo anche in sostituzione degli avv. Trane e Guarino del Comune, per la contro interessata

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Con il ricorso in epigrafe la Società Cooperativa Sociale Ferrante Aporti, esclusa dalla gara per la concessione della gestione del servizio nido comunale presso n. 3 strutture del Comune di Brindisi per aver presentato in violazione della lex specialis un'offerta in aumento rispetto all'importo complessivo presunto determinato dall'Amministrazione, impugna l'esclusione unitamente a tutti gli atti della procedura ivi compresi il bando e il disciplinare di gara e l'aggiudicazione a favore Società Cooperativa Nuvola Consorzio di Cooperative sociali.

1.1 - A sostegno del gravame deduce la violazione dell'articolo 83 del d.lgs n. 163 del 2006 rilevando l'illegittimità del divieto a presentare offerte in aumento; deduce inoltre l'illegittima ammissione alla gara dell'aggiudicataria e delle concorrenti che comunque la precederebbero in graduatoria; infine nei confronti del bando di gara prospetta l'erronea determinazione del corrispettivo del servizio e la violazione delle norme che disciplinano le procedure di aggiudicazione, la violazione del principio di concorrenzialità e del favor participationis, l'eccesso di potere per illogicità, sviamento e ingiustizia manifesta.

2. - Si è costituito in giudizio il Comune di Brindisi eccependo l'inammissibilità del gravame per mancata autonoma e tempestiva impugnazione del bando di gara e contestando nel merito tutte le censure dedotte dalla ricorrente.

Analoga eccezione è stata svolta dalla Cooperativa aggiudicataria che ha altresì proposto, in via meramente subordinata, ricorso incidentale.

3. – Nella Camera di consiglio del 27 settembre 2012, sentite le parti anche ai sensi dell'articolo 60 cpa, il ricorso è stato trattenuto in decisione per essere deciso con sentenza in forma semplificata.

4. – Il ricorso è inammissibile.

Ed invero, l'esclusione della ricorrente si basa sulla violazione di una previsione della lex specialis (divieto di presentare offerte in aumento) che in quanto immediatamente lesiva dell'interesse partecipativo avrebbe dovuto essere contestata con autonoma e tempestiva impugnativa del bando e del disciplinare di gara.

Non v'è, infatti, alcun dubbio che la clausola in questione, ancorché non annoverabile fra quelle che impediscono ex ante la partecipazione alla gara, incidendo in modo obiettivo e assolutamente prevedibile sulla formulazione dell'offerta determina ex se una lesione attuale ed effettiva dell'interesse alla partecipazione concretizzandosi l'effetto espulsivo dalla gara senza necessità di alcun atto applicativo.

Nella specie, la clausola in contestazione fa riferimento ad una situazione di fatto (predeterminazione del costo massimo del servizio) cui è ricollegato un effetto giuridico diretto, totalmente indipendente dalle vicende successive della procedura e dei relativi adempimenti che non richiede valutazioni o verificazioni particolari. Invero, non è la procedura concorsuale ed il suo svolgimento a determinare l'effetto lesivo (come avviene nel caso della valutazione dell'anomalia dell'offerta), ma direttamente il bando, che prende in considerazione una situazione storicamente ad esso preesistente e totalmente definita.

In ordine a tale clausola, dunque, non può essere negata l'esistenza di un onere di immediata impugnazione proprio perché essa sembra sostanzialmente comportarsi come le clausole riguardanti i requisiti soggettivi o di partecipazione, per le quali l'esistenza di tale onere è tradizionalmente affermato.

Confortano tali conclusioni oltre i principi sanciti dall'A.P. nella decisione 27 gennaio 2003 n. 1 anche alcune recenti pronunce giurisprudenziali: C.d.S., III, 7 maggio 2012 n. 2628 che ammette l'impugnazione autonoma immediata di quelle clausole che siano tali "da non consentire una valida formulazione dell'offerta da parte dei potenziali partecipanti e da rendere impossibile quel calcolo di convenienza economica che ogni impresa deve essere in condizione di poter effettuare all'atto di valutare se partecipare o meno a una procedura competitiva"; Tar Lazio, II ter, 4 gennaio 2012 n. 80 che chiarisce come "in tema di appalti pubblici, l'onere di immediata impugnazione del bando di gara è circoscritto alle clausole che prescrivono requisiti di ammissione o di partecipazione alla gara, in riferimento sia a requisiti soggettivi che a situazioni di fatto, la carenza dei quali determina immediatamente l'effetto escludente, configurandosi il successivo atto di esclusione come meramente dichiarativo e ricognitivo di una lesione già prodotta".

5 – Sulla base delle suesposte considerazioni il ricorso proposto dalla Cooperativa ricorrente principale va dunque dichiarato inammissibile per mancata tempestiva impugnazione della clausola del bando che ha determinato la sua esclusione dalla gara.

Conseguentemente, il ricorso incidentale proposto, in via subordinata dalla controinteressata, risulta improcedibile.

Attesa la peculiarità delle questioni trattate, sussistono giusti motivi per compensare integralmente fra le parti le spese e competenze del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Dichiara altresì improcedibile il ricorso incidentale.

Compensa le spese e competenze del giudizio tra le parti.

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

Depositata in cancelleria il 23 ottobre 2012.

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Il TAR Puglia Lecce si è soffermato sull'ammissibilità del ricorso avverso l'esclusione nel caso in cui il concorrente abbia presentato, in violazione della *lex specialis*, un'offerta in aumento rispetto all'importo complessivo presunto determinato dall'Amministrazione.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Con la sentenza in commento è stato dichiarato inammissibile il ricorso proposto dalla concorrente esclusa che aveva presentato un offerta in aumento rispetto all'importo predeterminato dall'Amministrazione in sede di *lex specialis*.

Osservano i Giudici che l'esclusione della ricorrente è stata disposta dalla stazione appaltante in forza di una clausola del bando che si presentava ab origine come immediatamente lesiva dell'interesse partecipativo.

Conseguentemente, la concorrente avrebbe dovuto contestare la prescrizione della legge di gara non all'esito del procedimento delle valutazione delle offerte – e dunque dopo il provvedimento di esclusione – bensì con autonoma e tempestiva impugnativa.

Ed infatti, precisa il Tribunale amministrativo, tale tipologia di clausola, sebbene non rappresenti un ostacolo *ex ante* alla partecipazione alla gara, incide in modo obiettivo e assolutamente prevedibile sulla formulazione dell'offerta: in altri termini, essa si comporta come le clausole riguardanti i requisiti soggettivi o di partecipazione, determina *ex se* una lesione attuale ed effettiva dell'interesse alla partecipazione e concretizza l'effetto espulsivo dalla gara senza alcuna necessità di atti applicativi successivi.

Dal ragionamento in sintesi esposto è discesa pertanto una decisione di inammissibilità del ricorso per tardività della censura del bando sollevata solo a seguito dell'esclusione.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La pronuncia del Tar Lecce esprime un principio di diritto in linea con gli arresti

giurisprudenziali più recenti, prestando particolare attenzione alla sostanza ed agli effetti escludenti delle clausole della *lex specialis* piuttosto che alla forma.

Il collegio salentino richiama a sostegno, oltre l'insegnamento sancito dall'A.P. nella decisione 27 gennaio 2003 n. 1, anche alcune recenti pronunce giurisprudenziali: C.d.S., III, 7 maggio 2012 n. 2628 che ammette l'impugnazione autonoma immediata di quelle clausole che siano tali "da non consentire una valida formulazione dell'offerta da parte dei potenziali partecipanti e da rendere impossibile quel calcolo di convenienza economica che ogni impresa deve essere in condizione di poter effettuare all'atto di valutare se partecipare o meno a una procedura competitiva"; Tar Lazio, Roma, Sez. Il ter, 4 gennaio 2012 n. 80 che chiarisce come "in tema di appalti pubblici, l'onere di immediata impugnazione del bando di gara è circoscritto alle clausole che prescrivono requisiti di ammissione o di partecipazione alla gara, in riferimento sia a requisiti soggettivi che a situazioni di fatto, la carenza dei quali determina immediatamente l'effetto escludente, configurandosi il successivo atto di esclusione come meramente dichiarativo e ricognitivo di una lesione già prodotta".

Recentemente si segnala altresì la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671 che ha operato una sintesi dello stato dell'arte in materia.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

C. Fraticelli, "Art. 64 – Sull'impugnabilità del bando" in "Codice dei Contratti Pubblici", a cura di F. Caringella – M. Protto, Dike, 2012, pag. 524 – 525;

L.R. Perfetti, "Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento. Il problema dell'impugnazione del bando di gara", in Dir. Proc. Amm., 2003, pag. 792

P. Pizza, "L'Adunanza Plenaria e l'impugnazione diretta dei bandi", Foro Amm. – CDS, 2003, 1, 79.

S. Saba, "Bandi di gara ed onere di impugnazione immediata: il Consiglio di Stato fa il punto dello stato dell'arte", in questa rivista.