



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 45 del 2012, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Servizi Ospedalieri S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Gaetano Di Giacomo,
Enza Maria Accarino, con domicilio eletto presso Daniela Ajese in Venezia-
Mestre, via Felisati, 16; Ti.Esse Triveneta Servizi S.r.l., rappresentato e difeso
dall'avv. Gaetano Di Giacomo, con domicilio eletto presso Daniela Ajese in
Venezia-Mestre, Via Felisati, 16;

contro

I.S.R.A.A. Istituto Per Servizi di Ricovero e Assistenza Gli Anziani - Tv,
rappresentato e difeso dagli avv. Gabriele Maso, Franco Zambelli, con domicilio
eletto presso Franco Zambelli in Venezia-Mestre, via Cavallotti, 22; Consiglio di
Stato Sez. 3^;

nei confronti di

Eureka Cooperativa Sociale, rappresentato e difeso dagli avv. Vittorio Miniero, Erika Zanierato, con domicilio eletto presso Erika Zanierato in Mestre, Galleria Teatro Vecchio, 15;

per l'annullamento

della nota prot. n. 10307 datata 1 dicembre 2011 avente ad oggetto "gara d'appalto. Servizio lavanderia ISRAA. lotto unico". Non aggiudicazione con cui sono stati comunicati alla ricorrente la non aggiudicazione della gara e l'avvenuta aggiudicazione a favore della cooperativa sociale Eureka; della delibera del Consiglio di amministrazione ISRAA n.92 del 28 novembre 2011; dei verbali di gara dal n.1 al numero 8; dell'ordinanza del Presidente IRSAA n. 26 del 26 settembre 2011 che ha nominato la commissione e della delibera di ratifica del consiglio di amministrazione ISRAA .69 del 24 ottobre 2011; della delibera n. 47 del 25 luglio 2011 dell'ISRAA, nonché del bando di gara, del capitolato speciale e modelli allegati, di tutti gli atti connessi, presupposti ed allegati, nonché, infine del contratto, ove sottoscritto.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di I.S.R.A.A. Istituto Per Servizi di Ricovero e Assistenza Gli Anziani - Tv e di Eureka Cooperativa Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 ottobre 2012 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

In primo luogo il Collegio non ritiene di accogliere la richiesta, avanzata dalla parte resistente in udienza, circa la cancellazione, negli scritti difensivi del ricorrente, delle frasi asseritamente offensive e sconvenienti.

Invero la disamina della censura non consente di considerare, tali espressioni, intrinsecamente offensive, né così vengono intese dal Collegio, in quanto la peculiare vicenda processuale ed i rilevanti interessi sottesi, hanno comportato un contrasto dialettico tra le parti, che, comunque, non è configurabile quale attività dispregiativa della natura e della funzione dell'Ufficio del difensore.

Nel merito.

Preliminarmente il Collegio intende scrutinare l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla parte resistente, che censura la mancata e rituale contestazione, nei termini di legge, della nota n.11081, datata 30 dicembre 2011, a firma del direttore generale dr. G. Pavan, ratificata dal presidente dell'Ente con la nota n. 34 del 30 dicembre 2012, con la quale la stazione appaltante ha respinto la richiesta di annullamento degli atti di gara e dell'aggiudicazione in via di autotutela.

Sostiene la parte resistente che tale nota è stata comunicata al ricorrente già in data 30 dicembre 2011, così che le conseguenti censure, da svolgere per motivi aggiunti, dovevano essere notificate entro il 30 gennaio 2012, mentre il ricorso per motivi aggiunti è stato avanzato solo il 17 febbraio 2012.

Sostiene, invece, il ricorrente che l'eccezione non ha fondamento giuridico avendo appreso del provvedimento del citato provvedimento di diniego di autotutela solo al momento della costituzione in giudizio della parte resistente (19 gennaio 2012), così che, solo da quella data decorre il termine decadenziale sopra ricordato.

Ritiene il Collegio che la questione incidentale è fondata nei termini che seguono.

Consta dagli atti di causa che la parte ricorrente, in data 23 dicembre 2011, pervenuta alla parte resistente in data 27 dicembre 2011, ha manifestato

l'intenzione – invero inizialmente solo la capo gruppo della costituita ATI - di proporre ricorso avverso l'aggiudicazione.

L'indicata istanza è stata poi, in data 27 dicembre 2011 - pervenute alla stazione appaltante in data 29 dicembre 2011- formulata ed estesa anche per l'intera ATI.

Il punto merita un migliore approfondimento.

In primo luogo deve osservarsi che l'attivazione della indicata procedura deflattiva non costituisce un requisito di procedibilità del ricorso.

Invero essa impedisce, anche per la parte ricorrente, unicamente l'adozione delle conseguenze negative di cui al 5° comma dell'art. 243 bis citato.

Ad ogni modo, però, una volta attivata tale procedura, il ricorrente è obbligato a contestare le negative determinazioni, espresse o tacite, al riguardo assunte dalla stazione appaltante, nel termine decadenziale di trenta giorni.

A ciò deve, altresì, aggiungersi che il contratto associativo atipico, posto in essere con la costituzione dell'ATI, non comporta la nascita di un nuovo soggetto giuridico unitario, ma, in disparte le responsabilità dei singoli partecipanti nella realizzazione del progetto, il mandato collettivo conferito alla capogruppo comporta, esclusivamente, la rappresentanza esclusiva e processuale della mandataria nei confronti della stazione appaltante, nondimeno le diverse imprese conservano la loro autonomia, anche processuale, così che esse mantengono la piena legittimità processuale (Cons.St.,15 aprile 2010, n.2155).

Ne consegue l'irrilevanza giuridica della integrazione, circa la formulazione della preannunciata intenzione a ricorrere, prodotta dalla capogruppo l'ATI in data 29 dicembre 2011.

La precisazione è utile per escludere che la indicata integrazione, pervenuta alla stazione appaltante il 29 dicembre 2011, sia stata presenta dopo la notifica del ricorso principale (29 dicembre 2011), così confermando l'avvenuta attivazione della procedura deflattiva.

Ciò detto, recita il 4° comma dell'articolo citato : “ La stazione appaltante. Entro quindici giorni dalla comunicazione di cui al comma 1, comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. L'inerzia equivale a diniego di autotutela”.

Or bene, ritiene il Collegio, che l'incombente imposto alla stazione appaltante dopo l'istanza del ricorrente per la definizione della controversia, comporta la necessità, per quest'ultima, di formulare le proprie determinazioni nel termine perentorio indicato (quindici giorni) proprio perchè tale fase procedimentale ha la precipua ed esclusiva funzione deflattiva del preannunciato conflitto e, pertanto, deve essere svolta e definita nei tempi rapidi imposti dal rito accelerato di cui al D.Lgs citato.

Consentire alla stazione appaltante di estendere, oltre i tempi normativamente previsti, l'utilizzazione di tale strumento, significherebbe snaturarne la funzione e le precipue finalità dell'istituto.

Non solo. Proprio per determinare tempi certi ed obiettivi della peculiare sub procedimento, il legislatore ha previsto che tale determinazione sia comunicata agli istanti.

Ciò significa che trascorsi i quindici giorni previsti dalla norma senza che la comunicazione sia pervenuta al richiedente l'autotutela, la stazione appaltante perde il diritto di manifestare ed assumere le determinazioni deflative dell'instaurando conflitto, incorrendo, come detto, nelle conseguenze di cui al comma 5° dell'articolo citato. Ogni eventuale e successivo intervento sull'aggiudicazione dovrà conformarsi, pertanto, esclusivamente ai canoni formali di cui all'art. 21 quinquies, 21 sexies, 21 nonies della L.241/91.

Pertanto, proprio per tali finalità di rapida definizione della controversia, il legislatore ha equiparato l'inerzia della stazione appaltante al diniego di autotutela.

Ne consegue che ogni ulteriore e tardiva espressione della stazione appaltante circa la fondatezza o meno della richiesta di autotutela è, nel contesto procedimentale già avviato dalla preannunciata intenzione di proporre ricorso avverso l'assegnazione del lavoro o del servizio, *tanquam non essent*.

E', inoltre, irrilevante che la determinazione negativa assunta dalla stazione appaltante sia stata pubblicata negli organi ufficiali della stessa, perché è necessario che il provvedimento, nei termini perentori indicati dalla legge, deve essere comunicato all'interessato.

Di contro è obbligo del ricorrente quello di impugnare, contestualmente al ricorso principale, ovvero con motivi aggiunti, anche la tacita manifestazione di volontà nel consueto termini di trenta giorni che decorrono dalla comunicazione della determinazione, ovvero dallo spirare dei quindici giorni previsti dal comma 4 dell'art. 243 bis D.Lgs 163/2006.

Nel caso in questione, quindi, non avendo le parti provato il giorno entro cui sarebbe stata effettuata comunicazione della determinazione n. 11081 del 30 dicembre 2011, così come ratificata con la nota n.34, la stessa deve ritenersi non comunicata, quindi inesistente sotto il profilo giuridico ed il conseguente comportamento si deve configurare meramente omissivo.

In tal caso il ricorrente, che aveva già proposto il ricorso principale in data 29 dicembre 2011, aveva l'onere di impugnare, con motivi aggiunti, il silenzio significativo entro il giorno 13 gennaio 2012.

Alla luce delle indicate premesse non assume alcuna rilevanza giuridica il fatto che detta determinazione non è stata partecipata al ricorrente, se non al momento della costituzione in giudizio della parte resistente, il ricorrente, avendo presentato la richiesta di cui all'art 243 bis, comma 1 cit., aveva l'onere di impugnare, il silenzio significativo così formatosi, nel termine decadenziale sopra indicato.

La mancata impugnazione, come nel caso in questione, della ulteriore determinazione, *rectius* dell'inerzia, della stazione appaltante comporta la inammissibilità del ricorso principale.

Il Collegio non ignora l'attuale dibattito che ha investito la nota decisione della Plenaria n. 4/2011.

Le diverse soluzioni adottate dalla giurisprudenza : TAR Lazio, 10 gennaio 2012, n.197, che ha superato la posizione adottata dall'alto consesso perché : "... L'accoglimento del ricorso incidentale in una controversia in materia di procedure concorsuali se fa venir meno l'interesse del ricorrente principale a contestare l'aggiudicazione della gara, non elimina il diverso e distinto interesse a coltivare il ricorso al fine di conseguire il rinnovo della procedura"; quello espresso con l'ordinanza TAR Piemonte del 9 febbraio 2012, che ha rimesso la questione alla Corte di Giustizia.

E' di palese evidenza che il delicato problema merita una chiara ed univoca soluzione da parte della giurisprudenza, la cui composizione non è certo facilitata da antitetiche e singolari pronunce, le quali, nel lodevole intento di definire una reale giustizia al caso concreto, in realtà provocano soluzioni contrastanti e contraddittorie proprie all'esigenza di certezza dei cittadini.

Ritiene, pertanto, il Collegio che, in attesa della pronuncia della Corte di Giustizia, ovvero di conseguenti e diversi orientamenti della Adunanza Plenaria, allo stato deve ritenersi prevalente ed esclusivo l'insegnamento espresso dalla citata decisione n. 4/2011, proprio per la funzione nomofilattica svolta dalle pronunce della Plenaria, così come concepita dal nuovo cpa (art. 99).

Ciò comporta, conseguentemente, la necessità, per il giudice amministrativo, di conformarsi ai principi di diritto ivi enunciati.

Pertanto, in accoglimento del ricorso incidentale, resta impedito al Collegio di ogni altro aspetto motivazionale, introdotti con il ricorso principale e con i motivi aggiunti.ureka; nonchè di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima,) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso incidentale e, pertanto, dichiara improcedibile, per carenza di interesse, il ricorso principale.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di giudizio.

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

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

Bruno Amoroso, Presidente

Silvia Coppari, Referendario

Roberto Vitanza, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/10/2012

IL SEGRETARIO

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