

N. 00175/2013 REG.PROV.COLL.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna sezione staccata di Parma (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 167 del 2012, proposto da:

Cooperativa Autotrasporti N.C.V. S.c.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Francia e Benedetto Solazzi, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Scandale in Parma, via D'Azeglio 26;

contro

So.Ge.A.P. S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Michiara e Maurizio Palladini, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Parma, vicolo dei Mulini 6;

nei confronti di

Ge.S.In. Gestione Servizi Integrati Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Rutigliano, con domicilio eletto presso il suo studio in Parma, borgo S. Brigida 1;

per l'annullamento

della comunicazione in data 17 aprile 2012 con la quale la società ricorrente è stata informata che la commissione di gara aveva disposto l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria del 02.03.2012 ed aveva dichiarato aggiudicataria la società Ge.S.In. s.c.;

del bando di gara per l'affidamento triennale dei servizi aeroportuali, indetto da So.Ge.A.P. società per la gestione dell'aeroporto di Parma S.p.a., nella parte in cui limita la partecipazione alla gara soltanto ai soggetti in possesso dei requisiti prescritti per lo svolgimento della specifica attività, ed in particolare del certificato Enac;

di ogni ulteriore atto antecedente o consequenziale ed, in particolare, della delibera di assegnazione definitiva del servizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di So.Ge.A.P. S.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto da Ge.S.In. Gestione Servizi Integrati Società Cooperativa, nella spiegata qualità;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore la dott.ssa Laura Marzano;

Uditi, nell'udienza pubblica del giorno 18 aprile 2013, i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 10 maggio 2012 e depositato il successivo 16 maggio la ricorrente ha impugnato il provvedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione provvisoria disposta

in suo favore, nonché in parte qua gli atti della procedura di gara indetta da SO.GE.A.P. S.p.A. per l'affidamento triennale di alcuni servizi aeroportuali presso l'aeroporto di Parma.

Si è costituita in giudizio SO.GE.A.P. S.p.A. difendendo il proprio operato e chiedendo la reiezione del ricorso.

Si è, costituita, altresì, la controinteressata GE.S.IN. Gestione Servizi Integrati società cooperativa chiedendo la reiezione del ricorso e proponendo ricorso incidentale onde ottenere l'annullamento della risposta del 23 febbraio 2012 data dall'amministrazione ai quesiti posti dalla ricorrente.

Con ordinanza n. 118 del 20 giugno 2012, non riformata dal Consiglio di Stato (cfr. ord. Sez. VI, 29 agosto 2012, n. 3399), la sezione ha respinto l'istanza cautelare.

In vista della trattazione del merito le parti hanno depositato scritti conclusivi e all'udienza pubblica del 18 aprile 2013, sentiti i difensori presenti, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. SO.GE.A.P. S.p.A. ha indetto una procedura aperta per l'affidamento, per tre anni, dei servizi di assistenza handling, operazioni in pista e servizi di pulizia presso l'aeroporto G. Verdi di Parma, per l'importo complessivo di € 1.300.000,00 da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso.

Tra i requisiti di partecipazione il bando richiedeva il possesso del "certificato di Prestatore di Servizi Aeroportuali di assistenza a Terra rilasciato da ENAC in corso di vigenza ... che dovrà coprire le attività previste dal D.Lgs. 18/99".

Il capitolato speciale, al punto 11.1 prevedeva inoltre che "l'appaltatore, per tutta la durata del contratto, dovrà essere in possesso del certificato di Prestatore di Servizi Aeroportuali di assistenza a terra rilasciato da ENAC e valido per lo scalo di Parma".

Il disciplinare di gara, invece, non elencava il suddetto certificato fra i documenti da inserire nella busta n. 1 a pena di esclusione subordinando, tuttavia, la stipula del contratto al possesso di tale certificato (cfr. punto 13, n. 2 del disciplinare di gara).

In risposta ad un preciso quesito posto dalla cooperativa N.C.W. la stazione appaltante, in data 23 febbraio 2012, ha pubblicato sul sito un chiarimento con cui ha specificato che sarebbe stata ammessa a partecipare alla gara anche la concorrente che, alla data di scadenza del bando, "abbia già presentato la domanda ma sia ancora in attesa di risposta da ENAC" (cfr. risposta quesito n. 3).

La ricorrente ha partecipato alla gara allegando di aver richiesto, ma non ancora ottenuto, la certificazione ENAC ed è stata ammessa alla gara risultandone aggiudicataria provvisoria con verbale del 2 marzo 2012.

In seguito a contestazioni da parte della controinteressata l'amministrazione, dopo aver consultato il proprio legale, ha avviato il procedimento per l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria, conclusosi con il provvedimento impugnato con il ricorso in epigrafe.

3. La tesi della ricorrente, esposta in un unico motivo di diritto, è che la stazione appaltante, annullando l'aggiudicazione in suo favore, sarebbe incorsa nel vizio di eccesso di potere in quanto:

- l'allegazione della certificazione non era richiesta all'atto della presentazione delle offerte ma soltanto quando l'impresa fosse risultata aggiudicataria, ai fini della stipula del contratto;
- il possesso del certificato ENAC, secondo la *lex specialis*, non era da intendersi quale requisito di partecipazione ma quale requisito per addivenire alla stipula del contratto;
- in ogni caso l'amministrazione aveva detto espressamente, in sede di chiarimenti, che sarebbero state ammesse le imprese in attesa dell'ottenimento della certificazione ENAC, così eliminando le ambiguità riscontrate tra bando e capitolato speciale;
- l'annullamento sarebbe contrario all'art. 46, comma 1, del codice dei contratti in tema di tassatività delle cause di esclusione.

In subordine la ricorrente ha chiesto di essere rimessa in termini per poter impugnare il bando, nella parte in cui prevedeva un requisito di partecipazione sproporzionato, esorbitante, irragionevole e lesivo della concorrenza, atteso che con i chiarimenti forniti l'amministrazione la avrebbe indotta in errore, impedendole l'impugnazione tempestiva.

L'amministrazione si è difesa ammettendo di aver errato nel fornire il chiarimento n. 3, atteso che tra bando e capitolato non vi sarebbe stato contrasto, come affermato dalla ricorrente, in quanto il

bando richiedeva il certificato ENAC ai fini della partecipazione alla gara e il certificato stesso, esteso all'aeroporto di Parma, per poter stipulare il contratto e avviare il servizio.

Essendosi, dunque, avveduta dell'errore, l'amministrazione, a dire della sua difesa, aveva il dovere di ristabilire la legalità e ripristinare la par condicio fra i concorrenti.

La controinteressata, d'altra parte, nel proporre ricorso incidentale, ha fatto rilevare come non vi fosse contrasto fra i documenti di gara e come, viceversa, l'aver ammesso alla gara, con un chiarimento, imprese non in possesso di un requisito richiesto come condizione di partecipazione, abbia costituito una grave violazione della lex specialis e della par condicio fra i concorrenti.

4. Va scrutinato con precedenza il ricorso principale.

In proposito il Collegio osserva che l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria in favore della ricorrente è intervenuto sulla base di un parere del legale dell'amministrazione, riportato testualmente nell'atto impugnato, in cui è stato rilevato come la decisione di SO.GE.A.P. di ammettere alla gara anche concorrenti non ancora in possesso del certificato ENAC "ha finito per modificare illegittimamente la disciplina di gara".

In altri termini l'aggiudicazione è stata annullata in quanto è stato considerato illegittimo il chiarimento n. 3 che ha finito con l'estendere la partecipazione anche a concorrenti prive del relativo requisito.

Ne discende che il ricorso incidentale, poiché diretto a impugnare proprio i chiarimenti resi dall'amministrazione e, dunque, a paralizzare la subordinata domanda di annullamento in parte qua del bando di gara, formulata con il ricorso principale, va qualificato come incidentale subordinato e, pertanto, non va esaminato con precedenza.

4.1. Il ricorso principale è infondato.

Come già rilevato dal Collegio in sede cautelare il bando di gara era chiaro nell'indicare i requisiti di partecipazione.

Il bando, infatti, così si esprime: "Possono partecipare alla gara soltanto i soggetti in possesso dei requisiti prescritti per lo svolgimento della specifica attività, ed in particolare: "Certificato di Prestatore di Servizi Aeroportuali di Assistenza a Terra, rilasciato da ENAC ed in corso di vigenza (vedi anche articolo 13 D.Lgs. n. 18/1999 e Circolare ENAC APT 02 del 25 gennaio 2007) che dovrà coprire le attività previste dal D.Lgs. 18/1999 – Attuazione Direttiva 96/97/CE relativa al libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità – pubblicato in GU n. 28 del 4 febbraio 1999, relativamente ai punti 3, 5, 6 e 10.2" (cfr. paragrafo Condizioni di partecipazione a pag. 2 del bando di gara).

Lo stesso bando, a pag. 4, aggiunge: "La stipula del contratto è subordinata: All'estensione all'aeroporto di Parma del Certificato di Prestatore di Servizi Aeroportuali di Assistenza a Terra, rilasciato da ENAC".

Quest'ultima previsione è perfettamente coerente con quella prevista dal punto 13, n. 2 del disciplinare di gara nonché dal capitolato speciale al punto 11.1 che così recita: "L'appaltatore, per tutta la durata del contratto, dovrà essere in possesso del certificato di Prestatore di Servizi Aeroportuali di assistenza a terra rilasciato da ENAC e valido per lo scalo di Parma".

Appare ictu oculi come non vi fosse né contrasto né ambiguità fra gli atti di gara i quali, in modo del tutto ragionevole, atteso l'oggetto del servizio da affidare, avevano previsto quale condizione di ammissione alla gara il possesso del Certificato di Prestatore di Servizi Aeroportuali di Assistenza a Terra, rilasciato da ENAC in corso di validità, rimandando ad un momento successivo, ossia a quello della stipula del contratto ai fini dell'avviamento del servizio, la dimostrazione di aver ottenuto da ENAC l'estensione del predetto certificato proprio allo scalo di Parma, in cui il servizio sarebbe stato in concreto svolto dall'aggiudicataria.

Ne discende che illegittimamente la stazione appaltante, con il chiarimento n. 3 del 23 febbraio 2012, ha comunicato che avrebbe potuto partecipare alla gara anche chi avesse già presentato la domanda ma fosse ancora in attesa di risposta da ENAC, atteso che una simile estensione della platea dei partecipanti, lungi dal garantire la massima partecipazione, come forse erroneamente

quanto suggestivamente ritenuto in un primo momento, in realtà vanificava una previsione essenziale della disciplina di gara in aperto contrasto con essa.

Ciò posto, risulta immune dal denunciato vizio l'operato della stazione appaltante che, avvedutasi dell'errore, ha tempestivamente proceduto, nel pieno rispetto delle garanzie procedurali, ad annullare l'aggiudicazione provvisoria disposta in favore di una concorrente priva dei requisiti di partecipazione.

La p.a. conserva indiscutibilmente, anche in relazione ai procedimenti di gara per la scelta del contraente, il potere di annullare in via di autotutela il bando e le singole operazioni di gara, quando i criteri di selezione si manifestino come suscettibili di produrre effetti indesiderati o comunque illogici, tenendo quindi conto delle preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse: tale potere di autotutela trova fondamento negli stessi principi costituzionali predicati dall'art. 97 cost., cui deve ispirarsi l'azione amministrativa, e costituisce il pendant dell'obbligo di rispettare le prescrizioni stabilite dalla *lex specialis* della gara, che vincolano non solo i concorrenti, ma la stessa amministrazione (con esclusione di qualsiasi margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione da parte dell'amministrazione e tanto meno della facoltà di disapplicarle, neppure nel caso in cui talune delle regole stesse risultino inopportune o incongruamente formulate, salva proprio la possibilità di far luogo, nell'esercizio del potere di autotutela, al loro annullamento).

Neppure il provvedimento di aggiudicazione definitiva e tanto meno quello di aggiudicazione provvisoria (che del resto si iscrivono nella fase procedimentale di scelta del contraente, concludendola) ostano all'esercizio di un siffatto potere, il quale incontra un limite soltanto nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza, alla cui puntuale osservanza è tenuta anche la P.A., e nella tutela dell'affidamento ingenerato (Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2012, n. 5681).

Nel caso di specie, come risulta dagli atti di causa, i surrichiamati principi devono ritenersi rispettati dall'amministrazione che, in assoluta trasparenza e nel pieno rispetto delle garanzie procedurali, ha fatto tempestivamente ammenda di un proprio errore che, ove non emendato, avrebbe rischiato di vulnerare il diritto delle altre concorrenti al rispetto della par condicio e nonché l'interesse pubblico dell'amministrazione ad avvalersi di un partner contrattuale idoneo e qualificato.

4.2. Passando all'esame della censura subordinata, il requisito di partecipazione in discorso non può considerarsi, come opinato dalla ricorrente, sproporzionato, esorbitante, irragionevole e lesivo della concorrenza.

Il servizio da affidare con la procedura per cui è causa comprendeva, infatti: a) presidio di aeroporto per servizi di assistenza a terra e operazioni di pista, b) pulizia aeromobili; c) servizio deicing, d) caricamento a bordo e scaricamento a terra di PRM a mezzo ambulift, e) controllo e manutenzione delle attrezzature e dei macchinari destinati ai servizi di assistenza a terra, f) pulizia meccanizzata di pista, raccordi e piazzali, g) reperibilità per operazioni di sgombero neve; h) pulizia e sanificazione locali aerostazione e caserma VV. FF..

Si trattava, in altri termini, proprio dell'insieme dei servizi a terra negli aeroporti aperti al traffico aereo commerciale, c.d. di handling, per i quali, ai sensi del D.Lgs 3 gennaio 1999, n. 18, recante "Attuazione della direttiva 96/67/CE relativa al libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità", l'ENAC è tenuto a verificare e certificare i requisiti di idoneità dei prestatori dei relativi servizi di assistenza (art. 13).

In definitiva il principio del *favor participationis*, di cui deve certamente tenersi conto nella predisposizione della disciplina di una procedura ed evidenza pubblica, tendente in linea di principio ad evitare l'introduzione di una barriera di ingresso anticompetitiva che restringa, in modo non ragionevole e non necessario, la platea dei potenziali competitori, non può spingersi fino al punto di vanificare la portata dei requisiti soggettivi che la *lex specialis* necessariamente deve richiedere ed esigere per poter garantire all'amministrazione che il futuro contraente sia selezionato fra imprese in possesso della capacità tecnica ed economica per svolgere in modo ottimale il servizio affidatogli.

Per quanto precede il ricorso principale deve essere respinto.

A tanto consegue la pronuncia di improcedibilità del ricorso incidentale, per sopravvenuta carenza di interesse.

5. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sezione distaccata di Parma, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso principale e dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Condanna la parte ricorrente alle spese e competenze del giudizio che liquida in € 3.000,00 (tremila) per parte costituita, oltre rimborso forfetario spese generali, oneri previdenziali e fiscali come per legge.

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

Così deciso in Parma nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2013 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gambato Spisani, Presidente FF

Laura Marzano, Primo Referendario, Estensore

Marco Poppi, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/04/2013

IL SEGRETARIO

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