



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 289 del 2012, proposto da:

Solaris Cooperativa Sociale Onlus, rappresentata e difesa dagli avv. Giovanni Bertolani, Massimo Lanotte, Andrea Galvani, con domicilio eletto presso Avv. Andrea Galvani in Ancona, corso Mazzini, 156;

contro

Comune di Monte San Pietrangeli, rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro Lucchetti, con domicilio eletto presso Avv. Alessandro Lucchetti in Ancona, corso Mazzini, 156; Commissione Giudicatrice della Procedura di Gara Gestione Servizi Socio-Sanitari, Responsabile del Procedimento P.T., Responsabile Servizio di Segreteria P.T., non costituiti;

nei confronti di

Nuova Ricerca Agenzia Res - Coop.Sociale A.R.L. Onlus, rappresentata e difesa dagli avv. Cinzia Cuccioletta, Patrizia Niccolaini, con domicilio eletto presso Avv. Patrizia Niccolaini in Ancona, via Goito 3;

per l'annullamento

1. Della determinazione n. 32 del 14.03.2012 del Responsabile del Servizio di Segreteria di aggiudicazione definitiva della gara di cui in epigrafe alla controinteressata, comunicata a mezzo fax pervenuto alle ore 19,55 del 19/03/2012, ancorché mediante avviso datato 20.03.2012
2. Di tutti i processi verbali, sottoscritti dalla Commissione Giudicatrice in numero di 3, rispettivamente in data 21.12.2011, recante la dissigillatura dei plichi; in data 28.12.2011, contenente l'esame delle offerte tecniche pervenute; in data 29.12.2011, comprendente l'apertura delle buste, racchiudenti le offerte economiche e la formazione della graduatoria provvisoria; nonché del processo verbale del Responsabile del procedimento in data 14.02.2012, avente ad oggetto: a) l'esame delle giustificazioni prodotte a seguito della presentazione dell'offerta anomala, da parte della controinteressata, con conferma della graduatoria provvisoria a favore della stessa; b) fuori oggetto, e l'aggiudicazione provvisoria, recante la sola firma del Responsabile del procedimento, conosciuta a seguito di istanza di accesso presentata in data 3.4.2012 e riscontrata in data 9.4.2012.
3. Della parte terza dell'art. 33 alinea, comma 2 e comma 3 delle disposizioni relative alla procedura di gara, previste dal Capitolato e Disciplinare della gara di appalto, o quantomeno – salva la disapplicazione del par. 2 alinea di detta disciplina – in quanto erroneamente prevedente l'apertura delle buste delle offerte tecniche in seduta segreta, anziché in seduta pubblica.
4. Di ogni ulteriore atto presupposto, inerente e conseguente e comunque connesso, ivi compreso l'eventuale

contratto sottoscritto dalla P.A. e dall'attuale aggiudicataria.

NONCHÉ' PER L'ACCERTAMENTO

- occorrendo, del diritto della ricorrente al subentro in luogo della controinteressata prima classificata nell'aggiudicazione definitiva della selezione competitiva in epigrafe.
- del diritto della ricorrente ad ottenere l'eventuale risarcimento del danno

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Monte San Pietrangeli e di Nuova Ricerca Agenzia Res - Coop.Sociale A.R.L. Onlus;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 novembre 2012 il dott. Giovanni Ruiu e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Cooperativa ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione e gli atti della procedura aperta di gara, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indetta dal comune di Monte San Pietrangeli per l'affidamento dei servizi socio-sanitari, assistenziali, riabilitativi, rieducativi e generali presso la Casa di Riposo e il Centro Diurno per anziani comunale. La durata contrattuale è di anni tre suscettibile di ulteriore prolungamento per due anni. Il corrispettivo è pari a € 1.875.000 (€ 625.000 annui).

La violazione delle regole e dei principi che disciplinano le modalità di svolgimento delle operazioni di gara inficerebbe la procedura, a detta della ricorrente, qualificatasi al secondo posto nella graduatoria finale delle offerenti:

-Sarebbe stato violato l'art. 33 c.3 del disciplinare di gara. Alla controinteressata Nuova Ricerca Agenzia Res, vincitrice della gara, dopo l'aggiudicazione provvisoria è stata richiesta la produzione dei documenti richiamati nel bando di partecipazione. La controinteressata li presentava fuori termine (il 14.3.2012 invece del 22.9.2012 richiesto dal Comune). A detta della ricorrente la violazione del termine avrebbe dovuto comportare il proprio subentro, in qualità di seconda classificata, nell'aggiudicazione definitiva.

-sarebbe mancata la fissazione dei criteri di massima da parte dell'Amministrazione e, in particolare, da parte della Commissione aggiudicatrice, non essendo stati fissati dei criteri di massima per la valutazione dell'offerte, con conseguente difetto di motivazione della valutazione effettuata dalla Commissione medesima.

-viene altresì contestato l'art. 33 c.2 del disciplinare della gara di appalto, che ne prescrive l'apertura delle offerte tecniche in seduta segreta, in contrasto con quanto stabilito dalla Adunanza Plenaria 13/2012.

-con il quarto motivo si impugna il verbale n. 4 della Commissione di gara, sottoscritto solo dal responsabile del procedimento e non dall'intera commissione.

-con il quinto si contesta la circostanza che il Presidente della Commissione di gara avrebbe approvato, con il documento di approvazione degli atti di gara Det. N. 32 del 14.3.2012, un verbale sottoscritto da lui stesso

-con il sesto motivo si lamenta l'apposizione di una condizione risolutiva illegittima sulla sopraccitata determina di approvazione.

-con il settimo motivo di ricorso la ricorrente lamenta ancora l'apertura delle offerte tecniche in seduta riservata.

-con l'ottavo motivo si lamenta la concentrazione di funzioni ricoperte dal presidente della Commissione di gara, il

quale allo stesso momento si trovava ad essere presidente dalla Commissione, responsabile del procedimento e responsabile dei servizi di segreteria comunale.

- con il nono e il decimo motivo si lamenta la formulazione generica dei criteri relativi all'attribuzione dei punteggi e di alcuni specifici punteggi assegnati alla ricorrente e alla controinteressata.

Il comune di Monte San Pietrangeli e la cooperativa aggiudicataria si sono costituiti in giudizio chiedendo la reiezione del ricorso.

Alla pubblica Udienza del 22.11.2012, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

1 Il ricorso è fondato per i motivi di seguito riportati.

1.1 Il Tribunale ritiene di trattare i motivi a partire dal primo. Difatti, dall'accoglimento del primo motivo la ricorrente potrebbe ottenere, in astratto, di subentrare alla controinteressata aggiudicataria.

1.2 Il motivo è infondato. Seppure si possa concordare con la ricorrente che l'art. 33 c.3 del disciplinare di gara prevedesse un termine perentorio, appare indubbio che l'eventuale perentorietà debba comunque stabilita dalla stazione appaltante, la quale può prorogare il termine. Infatti, tenendo conto che il citato art. 33 non prevede un termine fisso sarebbe illogico ipotizzare l'impossibilità per la stazione appaltante di prorogarlo. Tale impossibilità, in caso di fissazione di un termine inadeguato, potrebbe provocare la mancata aggiudicazione ad un aggiudicatario provvisorio in possesso tutti i requisiti. Né, a parere del Collegio, per la proroga di un termine non fissato direttamente dalla legge di gara era necessaria una procedura in contraddittorio, dato che la norma citata lascia la perentorietà del termine all'Amministrazione. Del resto, dal verbale di aggiudicazione provvisoria a favore della controinteressata emerge come il termine particolarmente breve (una settimana) per la consegna della documentazione necessaria all'aggiudicazione fosse stato fissato per esigenze dell'Amministrazione e successivamente prorogato (delibera Giunta Comunale n. 21 del 25.2.2012) per le medesime esigenze. Il motivo è quindi infondato.

2 Si può passare ai motivi ai motivi relativi all'interesse strumentale della ricorrente, che ha regolarmente partecipato alla gara, alla ripetizione della procedura. Tra essi vi sono i motivi (tra cui il secondo) relativi alla formazione dei criteri e all'assegnazione dei punteggi. Infatti, gli stessi non presentano contestazioni sufficientemente specifiche per un esito diverso, in caso di accoglimento, dalla ripetizione della gara.

2.1 Detto questo, sono fondati e assorbenti il terzo e il settimo motivo di ricorso, relativi all'apertura delle offerte in seduta segreta, difformemente da quanto stabilito dalla Adunanza Plenaria 28.7.2011 n.13.

2.2 Ad avviso del Collegio non è condivisibile la pur argomentata e suggestiva tesi della difesa del Comune resistente, volta ad escludere che il principio sancito dall'Adunanza Plenaria si applichi ai servizi di cui all'allegato IIb del d.lgs 163/2006. Infatti l'art. 20 del d.lgs 163 del 2006 sancisce che anche per le gare aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture esclusi dall'applicazione del codice devono trovare applicazione (tra gli altri) i principi di imparzialità e trasparenza, principi cui è indubbiamente collegata la regola della seduta pubblica per l'apertura delle buste afferenti alla gara (Tar Veneto 5.12.2011 n. 1805).

2.3 Sul tema, il Collegio è a conoscenza di un orientamento giurisprudenziale minoritario, che prendendo le mosse dall'art. 12 c. 3 del decreto legge 7.5. 2012 n. 52, il quale ha sancito normativamente l'obbligo di apertura in seduta pubblica delle offerte tecniche, sostiene che (per le gare svolte prima dell'entrata in vigore della norma) sia necessario indagare in concreto su eventuali compromissioni della segretezza dei plichi. Il Collegio non condivide questo pur suggestivo orientamento, che va nella direzione di quanto prospettato dalla difesa comunale, in quanto appare inconciliabile con il chiaro orientamento fatto proprio dall'Adunanza Plenaria con la decisione n. 13 del 28.7.2011, peraltro ben anteriore all'approvazione del bando di gara.

2.4 Né, a parere del Collegio, è condivisibile la pur argomentata visione riduttiva dell'interesse strumentale alla

ripetizione della gara fatta propria dalla difesa del Comune, sulla scorta dell'Adunanza Plenaria 7.4.2011 n. 4, in quanto, come ha chiarito la giurisprudenza più recente, è vero che la mera partecipazione (c.d. di fatto) ad una gara non è sufficiente per attribuire la legittimazione al ricorso, poiché la situazione legittimante deriva da una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva. Difatti, la definitiva esclusione, oppure l'accertamento dell'illegittimità della partecipazione alla gara, impediscono di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abilita ad impugnare l'esito della procedura selettiva. Ed il positivo riscontro della legittimazione al ricorso, sempre secondo le puntualizzazioni dell'Adunanza, è necessario tanto per far valere un interesse, cd. finale, al conseguimento dell'appalto, quanto per perseguire un interesse meramente strumentale diretto alla caducazione dell'intera gara e alla sua riedizione (CdS Sez.V 12.9.2012 n. 4842). Nella fattispecie non è stato presentato alcun ricorso incidentale e la legittimità della partecipazione della ricorrente non è stata mai messa in dubbio.

2.5 Ancora, sono del tutto infondate le affermazioni della controinteressata relative all'inammissibilità dell'impugnazione del disciplinare di gara. E' ormai consolidato il principio per cui un onere d'immediata impugnazione della lex specialis di gara pubblica di appalto si pone solo in presenza di clausole immediatamente escludenti o comunque tali da impedire la presentazione di una offerta, mentre negli altri casi le clausole del bando e degli altri documenti di gara vanno impugunate unitamente agli atti della procedura concretamente ed immediatamente lesivi (per citare decisioni recenti, Cds Sez. V 10.9.2012 n. 4786, 6.6.2012 n. 3344). Non è quindi configurabile alcuna acquiescenza alla clausola del bando e alcun onere di impugnazione diretta.

2.6 In ogni caso, il disciplinare di gara, all'art. 33 c.2 prescrive che le offerte tecniche verranno esaminate in seduta segreta. Ciò non vuol dire necessariamente che le buste contenenti offerte tecniche dovessero necessariamente essere aperte in seduta segreta. Evidentemente la Commissione di Gara ha comunque ritenuto che l'esame delle offerte comprendesse l'apertura delle buste, dato che nel disciplinare non vi erano altre disposizioni sul punto. Non è infatti contestato, ed è del resto riportato chiaramente nel verbale di gara del 28.11.2011 che le offerte tecniche siano state aperte in seduta segreta.

2.7 In ogni caso, qualora si considerasse legittimo l'art. 33 c. 3 del disciplinare, ritenendo che prescrivesse, in seduta segreta solo l'esame delle offerte tecniche e non l'apertura delle medesime, risulterebbe comunque fondato il settimo motivo di ricorso, che contesta "in concreto" l'apertura delle offerte tecniche in seduta riservata.

3. In conclusione, l'accoglimento del terzo e del settimo motivo di ricorso comporta l'annullamento dell'intera procedura di gara e l'assorbimento dei motivi non trattati.

3.1 Considerato che tale accoglimento comporta l'annullamento dell'intera procedura di gara, deve essere respinta la domanda di parte ricorrente di subentrare nell'aggiudicazione e/o nel contratto.

3.2 Con riguardo al disposto dell'art.122 del d.lgs 104/2010, il Collegio dichiara l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra il Comune di Monte San Pietrangeli e la controinteressata con decorrenza da 60 giorni a partire dalla notifica della presente sentenza.

3.3 Considerato che la ripetizione della gara costituisce risarcimento in forma specifica e che la ricorrente non ha precisato la domanda risarcitoria, quest'ultima, allo stato, va dichiarata inammissibile.

3.4 Le spese possono essere compensate tra le parti, considerata la giurisprudenza non ancora consolidata e i contrasti giurisprudenziali sul punto.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe:

- lo accoglie e, per l'effetto, annulla la procedura di gara impugnata, come specificato in motivazione;

- respinge la domanda di parte ricorrente di subentrare nell'aggiudicazione e dichiara inammissibile, allo stato, la domanda di condanna al risarcimento del danno;
- dichiara l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato con la controinteressata, con la decorrenza indicata in motivazione;
- compensa le spese di causa;

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Gianluca Morri, Presidente FF

Giovanni Ruiu, Primo Referendario, Estensore

Francesca Aprile, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/12/2012

IL SEGRETARIO

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