



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 la Lombardia
sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1222 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Società Cooperativa Sociale Àncora Servizi, rappresentata e difesa dagli avv.ti Enrico Giuseppe Vallania e Alberto Salvadori, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Brescia, Via XX Settembre n. 8;

contro

Comune di Brescia, rappresentato e difeso dagli avv.ti Francesca Moniga e Andrea Orlandi, con domicilio eletto presso la sede dell'Avvocatura civica in Brescia, Corsetto S. Agata n. 11/b;

nei confronti di

Società il Gabbiano Soc. Coop. Sociale Onlus, rappresentata e difesa dall'avv.to Domenico Bezzi, con domicilio eletto presso il suo studio

in Brescia, Via Diaz n. 13/c;

per l'annullamento

- DELLA DETERMINAZIONE DIRIGENZIALE 19/8/2011, RECANTE L'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA ALLA CONTROINTERESSATA DEL SERVIZIO DI GESTIONE TRIENNALE DELL'ASSISTENZA DOMICILIARE PER ANZIANI E DISABILI;
- DEL PROVVEDIMENTO 27/6/2011 DI INDIZIONE DELLA GARA ED APPROVAZIONE DEI RELATIVI ATTI;
- DEL BANDO, DEL DISCIPLINARE E DEL CAPITOLATO SPECIALE, NELLA PARTE IN CUI PREVEDONO L'APERTURA DELLE BUSTE AFFERENTI ALL'OFFERTA TECNICA IN SEDUTA RISERVATA;
- DEI VERBALI DELLA COMMISSIONE IN DATA 26/7/2011 E 8/8/2011;
- DELL'ATTO DI AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA DEL 8/8/2011;
- DEL PROVVEDIMENTO 19/8/2011, CHE HA VALUTATO LA CONGRUITA' DELL'OFFERTA DELLA VINCITTRICE.

e per l'inefficacia

DEL CONTRATTO EVENTUALMENTE STIPULATO.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Brescia e della controinteressata;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2012 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente riferisce di essere gestore uscente del servizio di assistenza domiciliare per anziani e disabili (SAD) di una circoscrizione di Brescia (lotto D Zona Centro Ovest).

Ha partecipato alla procedura aperta per l'affidamento del servizio (comprendente SAD, pulizia alloggio, assistenza familiare, ricoveri di sollievo, animazione – cfr. art. 1 capitolato speciale) per il periodo dall'1/10/2011 al 30/9/2014. L'importo presunto triennale era pari a € 4.145.214,17 IVA esclusa, mentre il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base degli elementi economici (60 punti) e qualitativi (40 punti).

Al confronto comparativo hanno partecipato 4 Società, ed il raggruppamento controinteressato si è piazzato al primo posto con 90,79 punti (31 per l'offerta tecnica e 59,79 per quella economica) mentre la ricorrente si è classificata seconda con 81,14 punti (rispettivamente 28 e 53,14). La verifica di congruità si è conclusa positivamente.

Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione la Società ricorrente impugna gli

atti in epigrafe, deducendo i seguenti motivi di diritto:

- Violazione per falsa interpretazione dell'art. 81 comma 3-bis del D. Lgs. 163/2006, violazione dell'art. 20 del capitolato, dell'art. 1 del disciplinare, eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione, irragionevolezza manifesta, atteso che le prestazioni offerte non trovano adeguata copertura economica e in particolare:

a) la novella del 2011 (comma 3-bis citato) prevede che l'offerta migliore sia determinata al netto delle spese di personale (per impedire l'inosservanza dei vincoli contrattuali con i dipendenti);

b) gli elementi giustificativi non danno conto del costo per i tempi di spostamento degli operatori da un utente all'altro (l'art. 20 capitolato statuiva che le prestazioni dovevano essere comprensive di tale spostamento);

c) gli elementi di miglioria elencati nel progetto tecnico non sono giustificati, con riguardo in particolare alla reperibilità del coordinatore 24 ore su 24, ai 3 giorni di affiancamento degli operatori, alle 4 ore mensili di riunione (con 105 operatori); inoltre il riconoscimento di una qualifica superiore (livello C2) ad operai e impiegati è giustificato per soli 21 operatori su 105, mentre non si dà conto della presenza di figure per utenti delle strutture di sollievo una volta alla settimana ex art. 19 del capitolato;

d) il costo orario per operatore ha tenuto conto di un monte ore annuo più alto di quello fissato dalle tabelle ministeriali, con refluenza sul ribasso del costo orario; inoltre sono stati calcolati 2

scatti medi di anzianità in luogo dei 3 previsti dal C.C.N.L. e non si è tenuto conto della percentuale di rivalutazione del T.F.R..

La ricorrente ritiene che la somma non giustificata ammonti a 150.000 € all'anno.

- Violazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, dell'art. 97 della Costituzione, dato che l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica deve avvenire in seduta pubblica, come statuito dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (28/7/2011 n. 13);

- Violazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, dell'art. 97 della Costituzione, dato che i verbali non fanno riferimento alle operazioni della Commissione eseguite nelle sedute segrete, ossia non si illustra minimamente (neppure in via sintetica) l'attività svolta. Con memoria depositata il 14/10/2011 parte ricorrente lamenta l'inottemperanza al decreto cautelare a lei favorevole n. 782/2011, poiché è stata inopinatamente estromessa dal servizio, affidato a 2 ditte terze (Elefanti Volanti e Solco); lamenta l'avvenuto affidamento diretto in assenza dei presupposti (pur non avendo a disposizione gli atti) e rinuncia al terzo motivo di ricorso dopo aver preso cognizione del verbale della Commissione.

Si è costituito in giudizio il Comune di Brescia, eccependo in rito la tardività del gravame e chiedendone la reiezione nel merito in quanto infondato. Puntualizza che il ricorso è stato notificato senza l'informativa ex art. 243-bis del D. Lgs. 163/2006, quando la comunicazione dell'esito di gara ex art. 79 del medesimo D. Lgs. è

stata regolarmente effettuata (doc. 17).

Con ordinanza n. 808, assunta nella Camera di consiglio del 19/10/2011, questo Tribunale ha ritenuto “che le questioni controverse dedotte con il ricorso introduttivo possono essere adeguatamente approfondite con la sollecita fissazione del merito della causa ai sensi dell’art. 55 comma 10 del Codice del processo amministrativo”.

Con motivi aggiunti depositati il 15/11/2011 parte ricorrente impugna l’atto di aggiudicazione definitiva 19/8/2011 (conosciuto solo l’8/9/2011) e la determinazione 30/9/2011 n. 2603 di affidamento temporaneo del servizio, nonché il verbale di gara dell’8/4/2011. Riferisce che, dopo l’emissione del decreto cautelare monocratico n. 772/2011, il Comune ha informato la ricorrente della cessazione del rapporto con la stessa e dell’avvenuto affidamento a terzi. Solleva le seguenti doglianze:

- Inottemperanza al decreto cautelare n. 782/2011;
- Falsa applicazione dell’art. 107 comma 3 lett. d) del TUEL, violazione dell’art. 76 dello Statuto, eccesso di potere per travisamento ed irragionevolezza, in quanto alla data del 30/9/2011 (di adozione della determinazione n. 2603) i dipendenti del precedente appalto mantenevano il rapporto con Ancora, e non erano stati ancora assunti dal nuovo aggiudicatario;
- Violazione per falsa interpretazione dell’art. 125 comma 11 del D. Lgs. 163/2006, poiché non è stato indicato l’atto legittimante

l'affidamento a terzi.

Alla pubblica udienza del 26/1/2012 il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti venivano chiamati per la discussione e trattenuti in decisione.

DIRITTO

Il gravame investe la correttezza degli atti della selezione indetta per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare per il periodo dall'1/10/2011 al 30/9/2014. Parte ricorrente si è classificata al secondo posto e censura l'aggiudicazione alla controinteressata, che avrebbe tra l'altro elaborato un'offerta antieconomica.

1. Il Comune di Brescia eccepisce l'irricevibilità del gravame per tardività, osservando che la specialità e la celerità del "rito appalti" sono incompatibili con l'istituto della sospensione feriale dei termini, il quale non troverebbe applicazione per la necessità di dare certezza giuridica (ed in tempi molto rapidi) all'aggiudicazione, in conformità alla direttiva 2007/66/CE.

L'eccezione è infondata.

E' evidente che la disposizione di cui all'art. 54 comma 2 del D. Lgs. 104/2010 – ai sensi della quale "I termini processuali sono sospesi dal 1° agosto al 15 settembre di ciascun anno" – ha carattere generale ed investe tutti gli adempimenti propri del processo nel rito ordinario e in quelli speciali. L'unica deroga espressa infatti è direttamente contemplata al successivo comma 4 ed è circoscritta ai procedimenti cautelari per cui – in assenza di ulteriori espresse statuizioni – non

può essere ulteriormente (ed arbitrariamente) estesa ad ulteriori segmenti del processo come la delicata fase di proposizione del ricorso, per non arrecare al diritto di difesa un irragionevole sacrificio. Del resto il “rito appalti” è comunque già modulato con scansioni temporali capaci di garantire una sollecita definizione della lite sia nella fase cautelare che in quella di merito.

2. Passando all’esame dei profili di merito del gravame introduttivo, con il primo articolato motivo parte ricorrente lamenta la violazione per falsa interpretazione dell’art. 81 comma 3-bis del D. Lgs. 163/2006, la violazione dell’art. 20 del capitolato e dell’art. 1 del disciplinare, l’eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione, l’irragionevolezza manifesta, atteso che le prestazioni offerte non troverebbero adeguata copertura economica.

3. Osserva preliminarmente il Collegio che la verifica di anomalia dell’offerta costituisce un sub-procedimento formalmente distinto (ancorché collegato) rispetto al procedimento di evidenza pubblica di individuazione della proposta migliore, e si esprime in un’indagine di contenuto tecnico-economico secondo una precisa ratio di fondo che è quella di evitare l’aggiudicazione a prezzi tali da non garantire la qualità del lavoro, fornitura o servizio oggetto di affidamento.

La giurisprudenza prevalente ha ripetutamente osservato che il giudizio di verifica della congruità di un’offerta anomala ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell’offerta nel suo insieme (Consiglio di Stato, sez. V – 8/9/2010 n. 6495) e costituisce

espressione di un potere tecnico-discrezionale dell'amministrazione di per sé insindacabile in sede di legittimità, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione o affette da errori di fatto (T.A.R. Lazio Roma, sez. Inter – 14/10/2011 n. 7957; Consiglio di Stato, sez. V – 11/3/2010 n. 1414; sez. IV – 20/5/2008 n. 2348). Al contempo occorre rilevare che la verifica di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando, invece, ad accertare se l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile o inattendibile, e dunque se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto (Consiglio di Stato, sez. VI – 21/5/2009 n. 3146; sentenza Sezione 10/8/2011 n. 1242, che risulta appellata).

4. Il Collegio deve dunque focalizzare l'attenzione sui singoli dubbi sollevati da parte ricorrente per trarre poi le conclusioni sulla bontà della proposta più favorevole.

5. Sotto un primo profilo la ricorrente osserva anzitutto che la novella del 2011 (art. 81 comma 3-bis del Codice dei contratti) prevede che l'offerta migliore sia determinata al netto delle spese di personale, e ciò per impedire l'inosservanza dei vincoli contrattuali con i dipendenti; nello specifico poi lamenta che gli elementi giustificativi non danno conto del costo per i tempi di spostamento degli operatori da un utente all'altro (e l'art. 20 del capitolato statuisce che le prestazioni debbono essere comprensive di tale

trasferimento): se il tempo di spostamento è attività lavorativa vera e propria come ha stabilito la Corte di Cassazione (e la ricorrente avrebbe quantificato in proposito 105.240 €) il raggruppamento vincitore ha dichiarato un costo pari a 0 salvo rimborso kilometrico, voce ben diversa dal “tempo lavoro”.

Detta prospettazione non merita condivisione.

5.1 Osserva anzitutto il Collegio che l'invocata disposizione di cui all'art. 81 comma 3-bis del D. Lgs. 163/2006 non è applicabile ratione temporis alla gara di cui si discorre, poiché (come messo in evidenza dalla controinteressata) è entrata in vigore per effetto della lettera i-bis dell'art. 4 comma 2 del D.L. 13/5/2011 n. 70 introdotta con la legge di conversione 12/7/2011 n. 106 (ed operativa dal giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale), mentre il bando risulta pubblicato in data 4/7/2011. Peraltro detta novella è stata abrogata con l'art. 44 comma 2 del D.L. 6/12/2011 n. 201 convertito in L. 22/12/2011 n. 214.

5.2 Gli oneri per il trasferimento degli operatori da un utente all'altro – secondo parte ricorrente non adeguatamente evidenziati nelle giustificazioni – sono in realtà ricompresi nel prezzo di ciascuna prestazione standardizzata descritta all'art. 3 del capitolato speciale (unitamente all'attività di coordinamento e alle spese generali). Ad ogni singola prestazione è associata una durata predefinita indicativa (espressa in ore o in minuti), la quale – secondo l'art. 27 – non può subire riduzioni che oltrepassino la soglia del 10% (e per l'intero

servizio su base annua non è ammessa una percentuale di scostamento superiore al 7%). Nel rispetto di questi indicatori di congruità, rientrava nell'abilità organizzativa e nell'autonomia imprenditoriale del concorrente la capacità di elaborare una proposta sostenibile ed economicamente conveniente. Sul punto la vincitrice ha anzitutto dato conto del fatto che l'operatore interviene e si sposta normalmente nello stesso quartiere (cfr. punto a.1.2 del progetto, per cui gli incaricati sono distribuiti secondo un criterio territoriale), mentre la difesa comunale ha sottolineato che l'offerta economica non rivela divaricazioni anomale tra prezzo a base d'asta e prezzo offerto (cfr. doc. 9 amministrazione - pagg. 2 e 3). Non è condivisibile la posizione di parte ricorrente nella parte in cui riconduce la percentuale di scostamento sopra descritta all'intervallo temporale da dedicare all'intrattenimento e alle cordialità (indispensabili per la qualità del servizio): tale specificazione non è in alcun modo racchiusa nelle disposizioni del capitolato, in coerenza con la libertà delle scelte organizzative degli operatori economici che partecipano al confronto comparativo, mentre i buoni comportamenti e più in generale le relazioni umane positive con l'utente devono essere instaurate e coltivate durante l'intero periodo di permanenza nella sua abitazione.

6. Sostiene parte ricorrente che diversi elementi di miglioria elencati nel progetto tecnico non sono giustificati ed in particolare:

- la reperibilità del coordinatore 24 ore su 24 (pag. 18 progetto);

- i 3 giorni di affiancamento degli operatori (pag. 44 progetto);
- le 4 ore al mese di riunioni con 105 operatori per un totale di 5.040 ore annue (pag. 21 progetto);
- il riconoscimento di una qualifica superiore (livello C2) ad operai e impiegati (pag. 32 progetto), che è previsto per soli 21 operatori su 105;
- la presenza di operatori per utenti delle strutture di sollievo una volta alla settimana ex art. 19 del capitolato (impegno di cui a pag. 27 del progetto).

Detti dubbi trovano spiegazioni convincenti da parte delle resistenti.

6.1 La reperibilità per i coordinatori è espressamente prevista nella tabella n. 3 delle giustificazioni in data 18/8/2011 (doc. 13 – ultima pagina) alla voce “coordinamento” (2 operatori a tempo pieno cat. C1 per un costo di 47.423,84 € annui), mentre l’asserita mancata inclusione della reperibilità nel C.C.N.L. non introduce elementi di stortura.

6.2 L’amministrazione altresì dà conto dell’avvenuta esibizione delle ore dedicate alla formazione di ognuno dei 105 operatori nel triennio (tabella 2 delle giustificazioni – pag. 8 del doc. 13), della previsione dell’indennità per gli operatori tutor in affiancamento (tabella 3 – pag. 13), e dell’ulteriore dettaglio delle spese (Formazione con Coop. Tornasole e Formazione a carico RTI). In secondo luogo si osserva che l’art. 23 del capitolato pone a carico del Comune 2 ore mensili per gli incontri organizzativi. Non appare incidere sulla delucidazione

la critica avanzata all'affiancamento degli interventi in coppia (che non risulta precluso dalla *lex specialis*), mentre le risorse indicate nelle tabelle sopra evocate non vengono contestate nel dettaglio.

6.3 Sul riconoscimento della qualifica C2 in capo agli operatori, premesso che l'obiettivo perseguito dal progetto dell'ATI vincitrice è il contenimento del turn-over per garantire la continuità assistenziale, le resistenti evidenziano l'esiguità del numero di prestatori di lavoro con qualifica OSS (operatori socio sanitari), che si distinguono dagli operatori socio assistenziali (OSA): la netta prevalenza di queste ultime figure è correlata alla tipologia dei servizi in appalto, che rivestono natura quasi esclusivamente socio-assistenziale.

6.4 Gli operatori che si adoperano per gli utenti in regime di sollievo erogano prestazioni remunerate separatamente, e al riguardo va tenuto conto che la spesa complessiva non è particolarmente significativa (cfr. calcolo controinteressata, che indica 385,22 € annui per operatore). Il Comune di Brescia peraltro evidenzia nella sua memoria finale che il costo esibito dal raggruppamento aggiudicatario è superiore a quello di parte ricorrente, e che il numero minimo di due persone non si riferisce alle prestazioni da erogare ma agli utenti da seguire.

7. Sostiene Ancora servizi che l'ATI vincitrice – nella determinazione del costo orario per operatore – ha tenuto conto di un monte ore annuo (1600) più alto di quello fissato dalle tabelle ministeriali (1548) con refluenza sul ribasso del costo orario poiché i dipendenti

dovrebbero fruire mediamente di sole 68 ore per malattia/infortuni, quasi la metà delle 120 ore previste dalle tabelle ministeriali. Aggiunge che sono stati calcolati 2 scatti medi di anzianità in luogo dei 3 previsti dal C.C.N.L. di categoria e che non si è tenuto conto della percentuale di rivalutazione del TFR.

Anche detti dati non insinuano dubbi sulla sostenibilità dell'offerta nel suo complesso.

7.1 Premette il Collegio che la giurisprudenza ha ritenuto che anche le offerte che si discostano dalle tabelle sul costo del lavoro non sono "ex se" anomale: il parametro certo cui riferire la valutazione di attendibilità non autorizza l'esclusione automatica delle offerte che racchiudono valori inferiori a quelli minimi, ove siano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori, per cui un costo del servizio che si discosti dalle tabelle non è di per sé incongruo (T.A.R. Sicilia Catania, sez. III – 1/3/2011 n. 524).

7.2 Nella fattispecie il costo orario praticato è raffrontato ai parametri dell'accordo sindacale provinciale 22/12/2009 (doc. 25 Comune) che stima in 1578 le ore annue. Lo scostamento dagli importi stabiliti in tale intesa rispetto alle tabelle ministeriali è assolutamente marginale e si collega alle inferiori aliquote contributive INPS e INAIL applicate alle Cooperative, mentre le giustificazioni danno conto della media delle ore lavorate dagli operatori (1600), con una differenza percentuale altrettanto modesta, di poco superiore all'1% (doc. 13). In questo contesto il divario non

eccessivo ed il richiamo (nelle giustificazioni) alla perdurante presenza sul territorio (dalla quale discende una maggiore conoscenza e fidelizzazione delle risorse umane già impegnate nel servizio) rendono accettabile e sostenibile il quadro economico predisposto, e non si ravvisa la necessità di elaborare valutazioni statistiche ed analisi aziendali.

7.3 I 2 scatti (in luogo di 3) per il triennio d'appalto (periodo non soggetto a rinnovo) costituiscono una voce singolarmente non idonea ad incidere sulla bontà complessiva dell'offerta, mentre la rivalutazione del TFR non rappresenta un costo aggiuntivo (cfr. nota 6 tabella 1 pag. 13).

In conclusione il primo motivo non merita accoglimento.

8. Con successiva censura parte ricorrente lamenta la violazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, dell'art. 97 della Costituzione, dato che l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica deve avvenire in seduta pubblica, come statuito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (28/7/2011 n. 13).

8.1 E' anzitutto infondata l'eccezione di inammissibilità sollevata sul punto dalle parti resistenti, le quali deducono la contraddittorietà tra il predetto motivo – di tipo caducante – e la domanda di subentro. Infatti parte ricorrente propone in via principale la domanda di annullamento degli atti che assume viziati e – quale istanza avanzata in via logicamente posteriore – l'aggiudicazione a proprio favore: detto connubio tra pretese tuttavia non integra l'unica utilità

complessiva che l'impresa può conseguire dall'azione giurisdizionale intentata poiché, ove non sia riconosciuto il secondo bene della vita, il primo mantiene la propria gravidanza potendo soddisfare l'interesse strumentale alla riedizione della procedura selettiva. Quest'ultimo, seppur non esternato con formule sacramentali, è implicito nella domanda demolitoria, dal cui accoglimento discendono l'effetto ripristinatorio e l'effetto conformativo, dovendo l'amministrazione indire una nuova gara nell'osservanza delle statuizioni di questa pronuncia.

8.2 E' parimenti infondata l'eccezione di difetto di interesse per omessa tempestiva impugnazione delle determinazioni assunte dalla Commissione, delle quali l'impresa ricorrente ha preso cognizione per mezzo della propria rappresentante Valentina Vaccari presente a tutte le sedute pubbliche della procedura.

Gli atti compiuti dall'organo collegiale straordinario (Commissione) nel corso del procedimento di gara – fatta eccezione per quelli che determinano un arresto procedimentale (ad es. esclusione dalla selezione) – non producono un immediato e diretto effetto lesivo che implichi l'onere dell'impugnazione nel prescritto termine di decadenza: il dato temporale rilevante (decorso dei 60 giorni) si collega alla piena conoscenza del provvedimento di aggiudicazione definitiva, che solo provoca l'effetto pregiudizievole (cfr. Consiglio di Stato, sez. V – 4/3/2011 n. 1386), come nella specie ove parte ricorrente si è piazzata al secondo posto della graduatoria.

Nel merito, la doglianza è fondata.

8.3 E' noto che con l'invocata pronuncia l'Adunanza plenaria ha affermato che "la verifica dell'integrità dei plichi non esaurisce la sua funzione nella constatazione che gli stessi non hanno subito manomissioni o alterazioni, ma è destinata a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso della procedura di gara, giacché la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento di concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche nell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato".

L'Adunanza plenaria ha altresì precisato che tale regola costituisce corretta interpretazione dei principi comunitari e di diritto interno desumibili dall'art. 97 della Costituzione e dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, le quali impongono – rispettivamente all'art. 10 ed all'art. 2 – che le Commissioni aggiudicatrici agiscano con trasparenza: la norma ha indubbia portata di principio e deve quindi investire passaggi essenziali e determinanti degli esiti delle procedure di gara quale è l'apertura della busta dell'offerta tecnica, momento che ha identica rilevanza rispetto all'apertura della

documentazione amministrativa e dell'offerta economica e che quindi merita le medesime garanzie, a tutela di tutti gli interessi coinvolti (Consiglio di Stato, sez. V – 21/11/2011 n. 6127; sez. III – 4/11/2011 n. 5866; si veda anche T.A.R. Toscana, sez. I – 10/11/2011 n. 1668; T.A.R. Veneto, sez. I – 5/12/2011 n. 1805; T.A.R. Marche – 14/10/2011 n. 770).

8.4 Per completezza, si deve rilevare che con il gravame introduttivo la ricorrente ha tra l'altro impugnato anche gli atti della lex specialis nella parte in cui prevedono l'apertura delle buste contenenti gli elaborati tecnici in seduta riservata e non pubblica.

8.5 La portata del principio affermato dall'Adunanza plenaria implica che non può giovare il richiamo all'art. 283 del D.P.R. 207/2010, il quale non disciplina analiticamente l'argomento controverso e che tra l'altro al comma 2 stabilisce che, nelle sedute riservate, la Commissione “valuta le offerte tecniche e procede alla assegnazione dei relativi punteggi ...” senza nulla aggiungere sull'adempimento dell'apertura dei plichi.

8.6 L'illegittimità dell'apertura delle buste in seduta riservata travolge l'intera procedura di gara, e renderebbe già di per sé irrilevante l'esame del terzo motivo di gravame (peraltro rinunciato da parte ricorrente) la quale soddisfa pienamente l'interesse strumentale alla riedizione del confronto comparativo.

9. Passando all'esame dei motivi aggiunti la ricorrente lamenta anzitutto l'inottemperanza al decreto cautelare n. 782/2011, poiché

l'amministrazione – quando la situazione era “congelata” dalla pronuncia del T.A.R. – ha estromesso Ancora dal servizio affidandolo ad altre Cooperative.

9.1 La censura non merita accoglimento, poiché il provvedimento monocratico ha inibito la prosecuzione delle operazioni connesse all'aggiudicazione della gara (compresa la stipulazione contratto, peraltro già preclusa nel periodo di “stand still” processuale), mentre non ha preso posizione sulla gestione del servizio, che medio tempore non poteva certamente subire soluzioni di continuità. Pertanto l'amministrazione, tenuto conto che il rapporto contrattuale precedente era ormai scaduto, ha correttamente disposto un affidamento temporaneo, rispetto al quale il decreto cautelare non forniva indicazioni e non sanciva l'ultrattività dell'accordo in scadenza con la ricorrente.

10. Detto ragionamento riduce anche lo spessore della successiva censura, diretta a contestare l'asserzione del Comune secondo il quale alla data del 30/9/2011 il personale del precedente appalto era già transitato alle dipendenze del nuovo aggiudicatario. Gli argomenti di prova forniti da parte ricorrente, seppur significativi, non interferiscono con la regolarità dell'attività amministrativa espletata immediatamente dopo l'emissione del provvedimento giurisdizionale (cfr. par. 9.1). Ad identica conclusione si deve pervenire sull'ulteriore dibattuta questione dei quartieri nei quali la ricorrente era gestore uscente del servizio, i quali coincidevano (seppur soltanto in parte)

con aree escluse dal presente appalto.

11. Quanto infine alla terza doglianza, che colpisce l'atto legittimante l'affidamento a terzi (Solco ed Elefanti Volanti), la stessa non può essere oggetto di apprezzamento in quanto rivolta contro un differente procedimento di aggiudicazione, estraneo all'appalto di cui si controverte, che la ricorrente (come peraltro ha preannunciato) ha la facoltà di impugnare autonomamente.

In conclusione i motivi aggiunti sono infondati e devono essere respinti.

La soccombenza reciproca giustifica la compensazione integrale delle spese di lite tra le parti in causa. L'omesso preavviso di ricorso non induce a conclusioni diverse, alla luce dell'imperfetta ricostruzione (da parte del Comune) dei fatti esposti nei motivi aggiunti. Il contributo unificato (limitatamente al ricorso introduttivo) deve essere posto integralmente a carico dell'amministrazione soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando:

- accoglie la domanda caducatoria formulata con il gravame introduttivo e, per l'effetto, annulla il provvedimento di aggiudicazione definitiva e gli altri atti presupposti impugnati.
- respinge il ricorso per motivi aggiunti.

Spese di lite compensate.

Condanna l'amministrazione comunale a rifondere all'impresa ricorrente le spese del contributo unificato afferente al ricorso introduttivo, ai sensi dell'art. 13 comma 6-bis del D.P.R. 30/5/2002 n. 115.

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

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/03/2012

IL SEGRETARIO

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