



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 585 del 2011, proposto da:

Società Marconi Group a.r.l, rappresentata e difeso dagli avv. Maurizio Carugno, Maria Grazia Picciano, Ennio Mazzocco, con domicilio eletto presso avv. Alessandro Sansone in L'Aquila, via Monte Camicia N 1/A;

***contro***

Istituto Nazionale di Previdenza (Inpdap), rappresentato e difeso dall'avv. Dario Bottura, con domicilio eletto presso TAR Segreteria in L'Aquila, via Salaria Antica Est;

***nei confronti di***

Società Naxas Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Guazzotti, con domicilio eletto presso TAR Segreteria in L'Aquila, via Salaria Antica Est;

***per l'annullamento***

DELLA DETERMINAZIONE DIRIGENZIALE 20 GIUGNO 2011 N. 113 PER L'AFFIDAMENTO DELLA GESTIONE GLOBAL SERVICE DEL LOTTO RELATIVO ALLA CASA PER FERIE GESTIONE EX ENAM SITUATA IN SILVI MARINA.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Istituto Nazionale di Previdenza (Inpdap) e della Società Naxas Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2012 il dott. Maria Abbruzzese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

La società Marconi Group a r.l. impugna, con ricorso in riassunzione a seguito di dichiarata incompetenza del TAR Lazio – Roma, gli atti in epigrafe individuati recanti aggiudicazione del servizio di gestione global service del lotto relativo alla casa per ferie gestione ex ENAM situata in Silvi Marina (TE) alla controinteressata società Naxas. Il servizio aveva durata annuale con possibilità di ripetizione dei servizi per ulteriori dodici mesi.

Esponde la ricorrente che per il lotto n.6 (relativo alla casa per ferie sita a Silvi Marina) era stato individuato un valore di affidamento biennale (IVA esclusa) pari a Euro 1.516.980,00; la società Naxas, prima classificata, aveva reso le richieste giustificazioni in relazione all'offerta giudicata anomala; con la determinazione impugnata, la stazione appaltante aveva infine aggiudicato definitivamente la gara in favore della detta controinteressata.

Da qui il ricorso che deduce:

1) Violazione e falsa applicazione degli art. 1, comma primo, e 3, comma primo, della legge 7 agosto 1990, n.241 e s.m.i.; degli artt. 2, commi primo e terzo, e 86, comma 3-bis, del D.lgs. 1 aprile 2006, n.163; dell'art. 97 Cost. Eccesso di potere nei presupposti di fatto e di diritto. Illogicità. Contraddittorietà. Travisamento dei fatti. Difetto di istruttoria e di motivazione. Illegittimità derivata: l'offerta della controinteressata è anormalmente bassa tenuto conto della non giustificazione delle spese relative al personale (distinte con specifico riferimento al personale addetto al servizio ristorazione, al personale del servizio sanificazione, detersione e riassetto dei locali, del servizio di lavanderia e guardaroba e del servizio animazione attività sportive), il cui costo, elaborato secondo le tabelle del costo orario del lavoro pubblicato da rivista specializzata, sarebbe superiore a quello dichiarato in sede di offerta; l'offerta calcolerebbe erroneamente l'utile d'impresa comprendendovi l'IVA (al 20%) e non considererebbe gli ulteriori costi (pure dichiarati) tra cui il costo dei lavori che l'impresa aggiudicataria si è impegnata ad eseguire; ove la aggiudicataria fosse stata esclusa dalla gara (per anomalia dell'offerta), la gara medesima sarebbe stata aggiudicata alla ricorrente;

2) Violazione e falsa applicazione dell'art.1, comma primo, della legge 7 agosto 1990, n.241 e s.m.i.; dell'art. 2, commi primo e terzo, del D.lgs. 12 aprile 2006, n.163; dell'art. 97 Cost. Eccesso di potere nei presupposti di fatto e di diritto. Illogicità. Contraddittorietà, travisamento dei fatti. Difetto di istruttoria e di motivazione. Illegittimità derivata: la verifica della completezza e della regolarità della documentazione amministrativa (contenuti nella busta A) è avvenuta in seduta riservata, così precludendo ai partecipanti la possibilità di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e quindi sul loro effettivo contenuto;

3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma primo della legge 7 agosto 1990, n.241 e s.m.i.; dell'art. 2, commi primo e terzo del D.lgs. 12 aprile 2006, n.163; dell'art. 97 Cost. Eccesso di potere nei presupposti di fatto e di diritto. Illogicità. Contraddittorietà. Travisamento dei fatti. Difetto di istruttoria e di motivazione. Illegittimità derivata: la Commissione ha aperto le buste relative all'offerta tecnica in seduta riservata così precludendo ai partecipanti alla gara la possibilità di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e quindi sul loro effettivo contenuto;

4) Violazione e falsa applicazione dell'art.1, comma primo, della legge 7 agosto 1990, n.241 e s.m.i.; dell'art. 2, commi primo e terzo, del D.lgs. 12 aprile 2006, n.163; dell'art. 97 Cost. Eccesso di potere nei presupposti di fatto e di diritto. Illogicità. Contraddittorietà. Travisamento dei fatti. Difetto di istruttoria e di motivazione. Illegittimità derivata: non risultano assunte le cautele necessarie a garantire l'integrità dei plichi contenenti le offerte;

5) Richiesta di condanna al risarcimento del danno ingiusto ex art. 30 del c.p.a: l'accoglimento del primo motivo di ricorso comporterebbe l'esclusione della controinteressata e l'aggiudicazione della gara alla ricorrente; la mancata aggiudicazione in favore della ricorrente comporta il danno consistente nel mancato guadagno conseguente al non espletamento del servizio, cui si correla anche il danno all'immagine aziendale, all'avviamento e alla perdita della possibilità di utilizzare l'aggiudicazione quale titolo ulteriore e referenza specifica; l'importo del danno è parametrato all'offerta presentata;

6) Richiesta di condanna al risarcimento del danno ingiusto ex art. 30 c.p.a. sotto diverso profilo: ove si ritenessero fondati il secondo, terzo e quarto motivo, a parte la necessità di ripetere la procedura di gara, dovrà riconoscersi alla ricorrente il risarcimento del danno pari ad Euro 2.000, quali spese sostenute per la partecipazione alla gara.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso e dell'istanza cautelare.

Si costituivano l'Amministrazione e la controinteressata deducendo l'infondatezza del ricorso, stante la piena legittimità degli atti impugnati.

Il TAR adito respingeva la proposta istanza cautelare.

Le parti depositavano memorie illustrative.

All'esito della pubblica udienza del 7 novembre 2012, il Collegio riservava la decisione in camera di consiglio.

## DIRITTO

I. La società ricorrente impugna gli atti con i quali, all'esito della gara aperta per il servizio di global service per la gestione della casa ferie ex ENAM e del successivo procedimento di verifica di anomalia, è stata dichiarata aggiudicataria l'odierna controinteressata.

II. Il Collegio osserva che la ricorrente imposta il ricorso in via principale con un primo motivo, inteso all'annullamento dell'aggiudicazione e al risarcimento in forma specifica ovvero per equivalente, sul presupposto che l'esclusione della controinteressata per anomalia dell'offerta comporterebbe il subentro di essa ricorrente, seconda graduata, e, in via graduata, con ulteriori motivi (dal secondo al quarto), intesi all'annullamento dell'intera gara, così facendo valere l'interesse legittimo strumentale all'espletamento di nuova procedura d'appalto.

II.1) Nondimeno, l'eventuale reiezione del primo motivo (e della conseguente richiesta risarcitoria, in forma specifica o per equivalente) non comporta affatto, come sembra opinare la difesa di parte resistente, l'inammissibilità (o improcedibilità) del ricorso, rimanendo integra la possibilità di soddisfare il residuale interesse strumentale, nella misura consentita.

III. Passando al merito, con il primo motivo la ricorrente deduce l'illegittimità della disposta aggiudicazione in ragione della rilevata anomalia dell'offerta ricavata da dati relativi ai costi del personale, dalla mancata indicazione di ulteriori costi e della incongruità della indicazione dell'utile di impresa.

III.1) Il motivo è infondato.

L'Amministrazione ha richiesto la verifica di anomalia e la controinteressata ha fornito giustificazioni che l'INPDAP ha ritenuto convincenti.

Osserva il Collegio che la ricorrente non ha adeguatamente contestato la determinazione dell'Amministrazione all'esito della richieste giustificazioni, neppure prese in considerazione.

Peraltro, la contestazione è sostanzialmente basata sull'indicazione dei prezzi contenuta in riviste specializzate e non già sulle concrete modalità di gestione dello specifico appalto di cui il prezzo costituisce controprestazione.

Tale circostanza, unitamente al consolidato indirizzo giurisprudenziale relativo alla valutazione necessariamente complessiva dell'offerta ai fini della verifica di anomalia, sicché non rilevano eventuali singoli scostamenti rispetto a dati aliunde acquisiti, comporta il rigetto del motivo.

III.1) L'infondatezza del primo motivo comporta altresì la reiezione della richiesta risarcitoria (in forma specifica o per equivalente) come contenuta nel quinto motivo.

IV. Residua, come sopra detto, il ricorso impugnatorio, nella parte relativa alla richiesta di annullamento dell'intero procedimento, come sviluppato nel secondo, terzo e quarto motivo.

La ricorrente contesta dunque la legittimità del procedimento nella parte in cui, in sede di gara, la Commissione ha esaminato il contenuto della documentazione amministrativa in seduta riservata (secondo motivo) e aperto ed esaminato il contenuto delle buste contenenti l'offerta tecnica in seduta del pari riservata (terzo motivo).

Con il quarto motivo si contestano invece le modalità di conservazione dei plichi, non esplicitate nella verbalizzazione assunta.

IV.1) In via preliminare va confutata l'eccezione di inammissibilità del ricorso (in parte de qua) sul rilievo della

mancata tempestiva impugnazione delle disposizioni di bando che espressamente prevedevano la valutazione della documentazione amministrativa in seduta riservata e l'apertura in seduta riservata dei plichi contenenti le offerte tecniche.

In proposito il Collegio deve richiamare il consolidato indirizzo giurisprudenziale, in linea con il diritto comunitario, secondo il quale sono immediatamente impugnabili i bandi di gara ove impongano clausole escludenti ovvero impediscano tout court la partecipazione; diversamente, "i bandi di gara e i disciplinari vanno impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi a identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento e a rendere attuale e concreta la situazione soggettiva dell'interessato; ciò in quanto, a fronte di clausole eventualmente illegittime, il partecipante alla procedura non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che egli non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della singola clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione e quindi in un'effettiva lesione che solo da tale esito può derivare" (cfr. Cons.di Stato, Sez.VI, 17.9.2009, n.5583; ex pluris).

Analoga conclusione va assunta con riferimento ai verbali di gara, che non definiscono l'esito del procedimento, ma assumono, nei sensi sopra riferiti, valenza endoprocedimentale rispetto alla concreta lesione dell'interesse fatto valere, senza necessità, dunque, di immediata impugnazione.

IV.2) Nel merito, ritiene il Collegio che il secondo e terzo motivo siano fondati alla stregua dell'insegnamento da ultimo fornito dalla decisione resa in Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (n.13/2011), dalla cui lettura è possibile evincere come debba applicarsi in concreto l'apicale principio di trasparenza, in generale sancito nella legge generale sul procedimento, nelle gare d'appalto, nel senso che "la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebita alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa".

Con specifico riferimento all'apertura della busta dell'offerta tecnica, operazione che, sotto il profilo in esame, l'Adunanza Plenaria citata equipara all'esame della documentazione amministrativa e dell'offerta economica, ai fini della garanzia di trasparenza, è richiesto, in particolare, quantomeno l'esame "della documentazione leggendo il solo titolo degli atti rinvenuti e dandone atto nel verbale della seduta".

IV.3) Ne discende la sicura fondatezza del terzo motivo di ricorso, posto che l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche sarebbe dovuta avvenire in seduta pubblica, posto che "la pubblicità delle sedute di gara risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebita alterazioni, ma anche l'interesse pubblico alla trasparenza e all'imparzialità dell'azione amministrativa", sul rilievo che "le conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi in mancanza di un riscontro immediato".

IV.4) Nel rispetto del medesimo principio, nondimeno, è fondato anche il secondo motivo di ricorso, relativo alle modalità di esame del contenuto delle buste relative alla documentazione amministrativa, che avrebbe dovuto avvenire del pari in seduta pubblica.

IV.5) Va peraltro precisato che i principi sopra esposti, benché affermati con la citata recente Sentenza dell'Adunanza Plenaria, sono ricognitivi di orientamenti comunque preesistenti e sono dunque applicabili anche a procedure svoltesi prima del detto consolidamento giurisprudenziale.

IV.6) La ritenuta fondatezza del secondo e terzo motivo consente di non disaminare l'ulteriore profilo, di cui al quarto motivo, relativo alle modalità di conservazione dei plichi, che è operazione ovviamente successiva

all'apertura e verifica del contenuto, già sopra censurata.

IV.7) La ritenuta illegittimità degli atti procedurali sopra individuati comporta l'annullamento della procedura di gara oggetto di impugnazione con conseguente necessità di riedizione della gara.

L'espletamento del servizio per la quasi totalità del periodo previsto nel bando (tenuto conto anche della proroga intervenuta) osta tuttavia alla emanazione di un bando per la gestione di un servizio calibrato sull'intero periodo originariamente considerato, ormai decorso, residuando solo l'eventuale periodo ulteriore.

IV.8) Quanto alla richiesta risarcitoria di cui al sesto motivo, specificamente tarata sulla eventuale riedizione della gara, e limitata al danno emergente consistente nelle spese di (inutile) partecipazione alla gara, il Collegio ritiene la stessa fondata sul rilievo che dette spese, quantificate nella complessivo somma di euro 2.000 (duemila), sono state in effetti sostenute sine titulo per effetto dell'illegittima conduzione del procedimento.

IV.9) Il ricorso va pertanto accolto per quanto di ragione e nei sensi e limiti di cui sopra.

V. Sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese di giudizio, con espressa declaratoria di irripetibilità del contributo unificato versato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo - L'AQUILA

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie per quanto di ragione e nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto annulla gli atti relativi al procedimento di gara e condanna l'Amministrazione a rifondere le spese di partecipazione come sopra quantificate

Spese compensate e contributo irripetibile.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Elvio Antonelli, Consigliere

Maria Abbruzzese, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/11/2012

IL SEGRETARIO

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