



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1351 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

G.S.I. SECURITY GROUP s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Francesco Bellocchio e Maria Silvia Ciampoli, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, Via Marina n. 6;

***contro***

AMIACQUE s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Musenga, Davide Angelucci e Giorgio Sala, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Maurizio Zoppolato in Milano, Via Dante n. 16;

***nei confronti di***

ALL SYSTEM s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Roberto Invernizzi e Massimo Falsanisi, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, Via Monti n. 41;

***per l'annullamento***

con il ricorso introduttivo:

del provvedimento in data 26 aprile 2012, comunicato in pari data, con il quale la società Amiacque s.r.l. ha aggiudicato alla società All system s.p.a. la procedura aperta indetta per l'affidamento in appalto del "servizio di vigilanza armata presso Amiacque s.r.l. sede di via Rimini 34/36 Milano e presso il magazzino di via Alberelle n. 1 Rozzano", codice c.i.g. 0558215D93, con bando pubblicato sulla G.U.R.I. serie n. 127 del 3.11.2010;

del provvedimento di cui alle note in data 3 maggio 2012 e 14 maggio 2012 con il quale Amiacque s.r.l., ha negato l'accesso all'offerta tecnica della società aggiudicataria;

nonché per l'accertamento

del diritto della società ricorrente, ex art. 25 della legge n. 241/90, ad ottenere l'accesso integrale ai documenti costituenti l'offerta tecnica della società All System s.p.a., e per la conseguente condanna della società Amiacque s.r.l. ad esibire in forma integrale i predetti documenti;

del diritto della società ricorrente ad ottenere il risarcimento del danno ingiusto subito per effetto dell'illegittimo ed illecito comportamento dell'Amministrazione intimata; in forma specifica mediante l'annullamento dell'aggiudicazione ad All System s.p.a., la declaratoria di caducazione del contratto ove stipulato e l'affidamento del servizio alla ricorrente; ovvero, in via subordinata, per equivalente.

con i motivi aggiunti:

del provvedimento in data 28 giugno 2012 con il quale è stata confermata l'aggiudicazione definitiva in favore di

All System s.p.a. della procedura di gara;  
delle operazioni di valutazione delle offerte tecniche di cui alla seduta del 27 giugno 2012;  
nonché per l'accertamento  
del diritto della società ricorrente ad ottenere il risarcimento del danno ingiusto subito per effetto dell'illegittimo ed illecito comportamento dell'Amministrazione intimata; in forma specifica mediante l'annullamento dell'aggiudicazione ad All System s.p.a., la declaratoria di caducazione del contratto ove stipulato e l'affidamento del servizio alla ricorrente; ovvero, in via subordinata, per equivalente.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Amiacque s.r.l. e di All System s.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto da All System S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2012 il dott. Stefano Celeste Cozzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Con bando in data 3 novembre 2010, Amiacque s.r.l. ha indetto una procedura aperta per l'aggiudicazione dell'appalto relativo al servizio di vigilanza delle proprie strutture site nei territori dei Comuni di Milano e Rozzano.
2. Il criterio prescelto per l'aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.
3. Hanno partecipato alla gara, fra gli altri concorrenti, la Società G.P.E. Guardie Private Europee s.r.l. e la società All System s.p.a.
4. Con provvedimento del 26 aprile 2012, l'appalto è stato aggiudicato ad All System s.p.a.
5. Con il presente ricorso, G.S.I. Security Service s.r.l., che nelle more della procedura di gara ha acquisito da G.S.E. Guardie Private Europee s.r.l. il ramo d'azienda nel quale è compresa l'offerta presentata in quella procedura, impugna tale provvedimento.
6. Con lo stesso ricorso, la ricorrente chiede la condanna di Amiacque s.r.l. al rilascio della documentazione relativa all'offerta tecnica presentata da Security Service s.r.l.; considerato che, con nota del 3 maggio 2012, di riscontro ad apposita istanza, la stazione appaltante aveva negato l'accesso a tale documentazione. Chiede inoltre il risarcimento dei danni.
7. Si sono costituite in giudizio, per opporsi all'accoglimento delle domande avverse, Amiacque s.r.l. ed All System s.r.l.
8. La Sezione, con ordinanza n. 820 del 14 giugno 2012, ha accolto, ai fini del riesame, l'istanza cautelare.
9. Dopo l'emissione dell'ordinanza cautelare, la stazione appaltante ha riavviato il procedimento di valutazione delle offerte presentate e, con provvedimento del 28 giugno 2012, ha confermato l'aggiudicazione in favore di All System s.p.a.
10. Avverso tale provvedimento sono stati proposti motivi aggiunti.
11. In data 24 ottobre 2012, la controinteressata ha depositato ricorso incidentale.
12. In prossimità dell'udienza di discussione del merito le parti hanno depositato memorie, insistendo nelle rispettive conclusioni.

13. Tenutasi la pubblica udienza in data 12 dicembre 2012, la causa è stata trattenuta in decisione.

Prima di passare all'esame dei motivi di merito, il Collegio deve constatare la tardività del ricorso incidentale.

14. Questo infatti è stato notificato alle controparti ben oltre il termine decadenziale di trenta giorni, previsto dall'art. 120, comma 5, c.p.a., decorrente, ai sensi dell'art. 42, comma 1, c.p.a., dalla ricezione della notifica del ricorso principale (la notifica alla controinteressata del ricorso principale è avvenuta, al più tardi, in data 5 giugno 2012, mentre il ricorso incidentale è stato portato alla notifica in data 15 ottobre 2012).

15. La controinteressata rileva che la ricorrente ha palesato la propria volontà di espletare il servizio mediante l'approntamento di una postazione di controllo delle immagini di videosorveglianza (ove le guardie avrebbero dovuto stazionare), invece che mediante il pattugliamento delle zone da controllare (come richiesto dagli atti di gara), solo attraverso la lettura dei motivi aggiunti, ad essa notificati in data 30 luglio 2012. Afferma dunque che il contrasto fra offerta della ricorrente e bando si è potuto apprezzare solo con il deposito dei motivi aggiunti. Da qui la tempestività del ricorso incidentale.

16. In proposito va tuttavia osservato che la ritenuta contrarietà dell'offerta della ricorrente agli atti di gara deve essere desunta dal suo tenore; e non da atti ad essa successivi quali sono i motivi aggiunti depositati in questa sede. E' infatti dall'esame del contenuto degli atti prodotti in sede di gara che la stazione appaltante deve stabilire la congruità dell'offerta; ed è dunque con riferimento ad essi (e non ad atti successivi) che poteva essere disposta una eventuale esclusione.

17. Come accennato, con il ricorso incidentale, la controinteressata intende paralizzare l'azione processuale della ricorrente eccependo proprio che questa avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto la sua offerta non era conforme al bando; ne discende che, per le ragioni illustrate, tutte le censure a ciò funzionali debbono far esclusivo riferimento all'offerta in sé e non a successivi atti (quali i motivi aggiunti depositati in questa sede) che la stazione appaltante non poteva valutare in sede procedimentale; e che, dunque, non possono differire la decorrenza del termine stabilito per la proposizione del ricorso incidentale..

18. Va pertanto ribadita la tardività di quest'ultimo.

19. Si può ora passare all'esame del ricorso principale che il Collegio reputa fondato in quanto meritevole di accoglimento il secondo motivo (contenuto nel ricorso introduttivo), avente carattere assorbente.

20. Deduce in particolare l'interessata, con tale censura, che la stazione appaltante ha proceduto all'apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica in seduta riservata; con ciò violando i principi di pubblicità e trasparenza delle operazioni di gara.

21. In proposito si osserva che l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha di recente affermato che i principi di pubblicità e trasparenza delle operazioni di gara, sanciti dall'art. 2, comma primo, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e dall'art. 2 della direttiva 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE, impongono che, nelle procedure concorsuali da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si debba procedere in seduta pubblica, non solo all'apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica, ma anche di quelli contenenti l'offerta tecnica (cfr. Consiglio di Stato, ad. plen., 28 luglio 2011 n. 13).

22. Il legislatore, con l'art. 12 d.l. 7 maggio 2012 n. 52, ha recepito le indicazioni del Consiglio di Stato, introducendo nel comma 2 dell'art. 120 del d.lgs. 5 ottobre 2010, n. 207 una disposizione avente il seguente tenore: "La commissione apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti".

23. Senonché l'ultimo comma del citato art. 12 prevedeva anche che tale disposizione si applica "...alle procedure di affidamento per le quali non si sia ancora proceduto all'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche alla data di entrata in vigore del presente decreto"; lasciando intendere, ad una prima lettura che, per quanto riguarda le

procedure anteriori (o meglio per quanto riguarda le procedure in cui si era precedentemente provveduto all'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche), l'apertura dei plichi in seduta pubblica non fosse necessaria.

24. Con tale lettura, tuttavia, si introduceva un insanabile contrasto fra la normativa sopravvenuta (nella parte in cui disciplinava le procedure anteriori al d.l. n. 52/12) ed i principi generali di pubblicità e trasparenza sanciti, si è visto, non solo a livello di legislazione interna, ma anche a livello di legislazione comunitaria; e si introduceva altresì una sorta di sanatoria generalizzata delle pregresse irregolarità commesse, anch'essa probabilmente in contrasto con i principi generali sanciti a livello costituzionale.

25. Per questo motivo la giurisprudenza ha proposto una diversa lettura compatibile con i principi suindicati, affermando che la norma di cui all'ultimo comma dell'art. 12 non introduce una disposizione retroattiva di sanatoria, ma una disposizione speciale che, in deroga al principio della insensibilità delle regole della gara alle norme legislative sopravvenute alla pubblicazione del bando, impone, in maniera esplicita ed anche per le procedure in corso, la necessità dell'apertura in seduta pubblica dei plichi contenenti l'offerta tecnica.

26. Anche il legislatore, resosi probabilmente conto degli inconvenienti segnalati, con la legge di conversione del d.l. n. 52/12 (legge 6 luglio 2012, n. 94), ha modificato il suo intervento, non convertendo il citato ultimo comma dell'art. 12, e riscrivendo il primo comma dello stesso articolo, il quale stabilisce ora che "la commissione, anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti alla data del 9 maggio 2012, apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti".

27. Anche questa disposizione è in realtà ambigua; tuttavia ritiene il Collegio che, per ovviare agli inconvenienti di incompatibilità costituzionale e comunitaria sopra illustrati, di essa non si possa che dare una lettura conforme a quella già data dal Collegio in sede cautelare, oltre che dalla segnalata giurisprudenza alla normativa anteriore.

28. Si deve dunque ritenere che la seduta pubblica sia sempre necessaria, indipendentemente dal momento in cui si colloca temporalmente la procedura di affidamento del contratto.

29. Nel caso concreto è incontestato che l'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche è avvenuta in seduta segreta.

30. La Commissione di gara non ha dunque fatto buon governo delle norme che disciplinano la procedura e, per questa ragione, la censura in esame è fondata.

31. In accoglimento del motivo, deve disporsi l'annullamento degli atti di aggiudicazione della gara alla controinteressata, mentre restano assorbiti gli altri motivi.

32. L'annullamento di tali atti costituisce risarcimento in forma specifica dei danni lamentati dalla ricorrente; non va dunque esaminata la domanda subordinata di risarcimento del danno per equivalente.

33. Per ciò che concerne la domanda di accesso agli atti, il Collegio deve ravvisare l'improcedibilità della stessa posto che l'interesse ad essa sotteso (palesato nella nota del 27 aprile 2012) è quello relativo alle esigenze di difesa in giudizio per il mancato conseguimento dell'aggiudicazione; che con il presente giudizio, l'interessata ha potuto far valere le proprie ragioni (peraltro, come visto, positivamente apprezzate); che, pertanto, l'interesse che sorreggeva la domanda di accesso non appare più sussistere.

34. In conclusione, per le ragioni illustrate, la domanda impugnatoria deve essere accolta e, per l'effetto, va disposto l'annullamento degli atti impugnati. Va invece dichiarata l'improcedibilità della domanda di condanna all'esibizione degli atti.

La novità delle questioni affrontate induce il Collegio a disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul

ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini i cui in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Dichiara improcedibile la domanda di condanna all'esibizione degli atti.

Spese compensate, fermo a carico della parte soccombente l'onere di rimborso del contributo unificato, ai sensi dell'art. 13, comma 6 bis1, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Silvana Bini, Primo Referendario

Stefano Celeste Cozzi, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/02/2013

IL SEGRETARIO

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