



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 678 del 2012, proposto da:

Cooperativa Sociale a r.l. I Colori - O.N.L.U.S., rappresentata e difesa dall'avv. Luca Gentile, con domicilio eletto presso avv. Giannicola Scarciolla in L'Aquila, via Vicinale dell'Aterno N.2 - Pile;

***contro***

Comune di Roseto degli Abruzzi, rappresentato e difeso dall'avv. Pietro Referza, con domicilio eletto presso avv. Lucio Leopardi in L'Aquila, via Pescara,2/4;

***nei confronti di***

Coop "I Girasoli", rappresentata e difesa dall'avv. Simona D'Ottavi, con domicilio eletto presso Tar Segreteria in L'Aquila, via Salaria Antica Est;

***per l'annullamento***

della determinazione n.509 del 16/10/2012 emessa dal comune di roseto degli abruzzesi relativa all'approvazione del verbale definitivo di aggiudicazione gara a procedura aperta per il servizio denominato "la bottega dell'amicizia".

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune Di Roseto Degli Abruzzi e di Coop "I Girasoli";

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 giugno 2013 il dott. Alberto Tramaglini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

La ricorrente espone di aver partecipato alla procedura aperta per l'aggiudicazione del servizio denominato "la bottega dell'amicizia", centro diurno per minori nei comuni di Roseto degli Abruzzi e Morro d'Oro, riservata agli operatori del terzo settore, collocandosi al secondo posto essendo preceduta in graduatoria dalla mentre l'aggiudicazione veniva effettuata in favore della controinteressata.

Impugnando gli atti della procedura, con il primo motivo ne sostiene l'illegittimità in quanto sarebbe stata

(erroneamente) ritenuta l'assenza di interferenze con il personale dell'amministrazione committente, con conseguente esonero per le concorrenti dell'onere di presentazione del DUVRI (documento unico di valutazione rischi interferenziali) e senza previsione dei relativi costi per la sicurezza.

Sostiene poi l'illegittimità del bando di gara e dei provvedimenti ad esso connessi, tra cui il documento "modalità di gara", nella parte in cui (art. 14) sono stabiliti i criteri di valutazione dell'offerta tecnica sulla base di "elementi qualitativi" non senza che siano adeguatamente specificati, i criteri di attribuzione del punteggio.

Gli atti sarebbero ulteriormente illegittimi nella parte in cui prevedono inquadramenti che dequalificano le figure professionali da adibire al servizio con conseguente distorsione delle offerte e compromissione della possibilità di offrire standard qualitativi adeguati al servizio.

Si è costituito in giudizio il Comune di Roseto degli Abruzzi che ha eccepito l'inammissibilità del ricorso e comunque la sua infondatezza.

Si è costituita anche la società aggiudicataria che ha rassegnato analoghe conclusioni.

3. Con ordinanza 371/2012 è stata respinta la domanda cautelare.

4. In vista dell'udienza di discussione le parti hanno illustrato con memorie le rispettive conclusioni.

## DIRITTO

1. - Il Comune preliminarmente eccepisce la mancata impugnazione del bando e del relativo atto di approvazione e la conseguente inammissibilità del ricorso in quanto diretto nei soli confronti dell'atto di aggiudicazione.

L'eccezione va disattesa poiché l'impugnazione del bando, per quanto non esplicitata nell'epigrafe del ricorso, emerge dalle conclusioni con cui è chiesto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione "e con esso" del bando. Né si tratta di mera formula di stile essendo la stessa supportata dai motivi di ricorso, tutti inequivocabilmente diretti contro clausole della *lex specialis* ritenute lesive.

1.1 - Va respinta anche l'eccezione, riferita al secondo motivo, che contesta la sussistenza dell'interesse a censurare la valutazione della componente tecnica dell'offerta avendo la ricorrente conseguito il massimo punteggio disponibile, cosicché la sua posizione in graduatoria deriverebbe unicamente dall'aver la controinteressata effettuato la miglior offerta economica.

Si deve in senso contrario rilevare che anche la controinteressata ha conseguito per la componente tecnica il massimo punteggio e che la censura è evidentemente diretta a negare che i criteri in questione fossero idonei a giustificare adeguatamente le relative valutazioni della commissione. Pur rimanendo inattaccabile il punteggio relativo alla parte economica, la censura è così in grado di togliere integrale fondamento alla legittimità di quello relativo alla parte tecnica e, di conseguenza, all'ordine che le parti occupano in graduatoria. La eventuale fondatezza di tale censura non potrà determinare il subentro nell'aggiudicazione, ma è senz'altro in grado di ripercuotersi sulla legittimità del procedimento, e ciò a tutela dell'interesse strumentale al rinnovo della procedura (o al risarcimento dei danni che ne sono derivati).

2. - Parte resistente eccepisce quindi la tardività dell'impugnazione della *lex specialis* sostenendo che le relative clausole dovevano essere impuginate immediatamente e non già all'esito della gara.

L'eccezione è fondata nei termini che seguono.

2.1. - Va rilevato che con il primo motivo la società ricorrente sostiene l'illegittimità della *lex specialis* in quanto la stessa ha erroneamente ritenuto l'assenza dei costi della sicurezza derivanti dalle interferenze tra i dipendenti dell'aggiudicataria e quelli della committente operanti nel medesimo ambiente di lavoro. Al pari del terzo motivo (che censura i livelli di inquadramento, ritenuti dequalificanti, delle varie figure professionali richieste per l'espletamento del servizio), si deduce che, non tenendo conto dei costi suddetti, l'importo a base di gara è stato stabilito in misura eccessivamente bassa (cfr. pag. 16 del ricorso). I vizi dedotti incidono perciò sull'interesse della

concorrente a formulare un'offerta che tenga conto di tutte le voci di costo, risultandone altrimenti compromessa la qualità e la redditività del servizio.

Il collegio ritiene di condividere sul punto l'orientamento secondo cui, allorché le denunciate illegittimità "incidono direttamente sulla formulazione dell'offerta, impedendone la corretta e consapevole elaborazione ... la loro lesività può essere immediatamente contestata senza attendere l'esito della gara per rilevare il pregiudizio che da quelle previsioni è derivato ... dal momento che mette in discussione specifiche disposizioni della *lex specialis* di gara, ch'egli correttamente (se e nella misura in cui risultino effettivamente viziate) ritiene tali da impedirgli l'utile presentazione dell'offerta e dunque sostanzialmente impeditiva della sua partecipazione alla gara" (Cons. St., III, 3 ottobre 2011 n. 5421, richiamata dalla stessa ricorrente, proprio in tema di omessa indicazione nella disciplina di gara dei costi della sicurezza). Tale decisione ha ritenuto ammissibile l'impugnazione immediata del bando, mentre Cons. St., IV, 7 novembre 2012, n.5671 ha dichiarato la tardività di ricorso proposto dopo l'aggiudicazione diretto a "minare ab origine l'intero procedimento concorsuale, perché la mancata applicazione dell'indicazione dei costi del lavoro 'non ribassabili', si risolveva nell'impossibilità di una corretta esplicitazione dell'offerta da parte di tutti i concorrenti, e quindi determinava immediatamente un *vulnus* effettivo all'intero confronto concorrenziale, per cui la lesione si manifesta immediatamente a prescindere dall'esplicitazione dell'intero procedimento d'appalto". Analoghe considerazioni si ritiene valgano per il secondo motivo.

Si censura qui il contrasto tra i criteri di assegnazione dei punteggi fissati nelle "modalità di gara" ed i principi di cui all'art. 83 del Codice, ritenendosi che i parametri stabiliti nella legge di gara non fossero idonei a consentire una corretta comparazione delle offerte e fornire un'adeguata rappresentazione delle differenze tra le varie proposte progettuali presentate. Si evidenzia che l'obbligo della compiuta indicazione nella *lex specialis* dei suddetti parametri e relativi criteri motivazionali discende dall'esigenza di ridurre gli apprezzamenti discrezionali della commissione e garantire così l'imparzialità delle relative valutazioni.

La società ricorrente fa espresso riferimento (pag. 10 del ricorso) all'art. 14 dell'atto "modalità di gara" che prevede, nell'ambito dei 60 punti riservati alla valutazione dell'offerta tecnica, un punteggio massimo di 18 punti per le "modalità organizzative del servizio (intese come proposte migliorative ed aggiuntive rispetto alle previsioni progettuali minime...), strumenti di qualificazione organizzativa del lavoro, anche in riferimento a soluzioni per fronteggiare situazioni di emergenza e/o straordinarie", ripartito in quattro fasce (pari rispettivamente a 0-6-12-18 punti) in base a sub criteri ritenuti inidonei, nella loro genericità [proposta progettuale non incisiva; sufficientemente incisiva; discretamente incisiva; molto incisiva], a dar conto dei punteggi concretamente attribuiti alle concorrenti. E' perciò contestato in radice, in quanto rimesso ad imponderabili valutazioni della commissione in assenza di adeguati criteri fissati dal bando, il punteggio attribuito alle concorrenti, cosicché anche la censura in esame è preordinata a soddisfare l'interesse strumentale alla ripetizione della gara attraverso la caducazione integrale di quella nel frattempo svoltasi.

2.2 – La sentenza CdS 5671/2012, da ultimo richiamata, contiene un passaggio ["Quando si persegue solo la ripetizione della gara con una differente regolazione negoziale, l'interesse ha natura esclusivamente strumentale e come tale deve essere tempestivamente azionato"] che, aldilà della fattispecie decisa, sembra dare una valenza generale all'onere di impugnare immediatamente clausole di gara la cui illegittimità abbia l'effetto di travolgere l'intera procedura. Un analogo incidentale riferimento è contenuto in TAR L'Aquila 8 giugno 2012 n. 403: "la censura di omessa specificazione dei criteri di massima, in quanto diretta ad inficiare l'intera procedura di gara, avrebbe dovuto essere dedotta tempestivamente mediante impugnazione diretta del bando". L'orientamento di gran lunga dominante, espresso da Adunanza plenaria n. 1 del 2003 e successiva giurisprudenza conforme (cfr., però, Cons. St., VI, ord. 1 febbraio 2013, n. 634, con cui si torna a rimettere la questione all'adunanza plenaria dopo che

la stessa è stata più volte ritenuta irrilevante ai fini della decisione: da ultimo cfr. Ad. plen. 31 luglio 2012 n. 31; 22 aprile 2013 n. 8), sembra invece includere clausole del tipo in esame tra quelle che possono essere impugnate soltanto alla conclusione del procedimento e ciò sul presupposto che solo il provvedimento finale è in grado di concretizzare la lesione dell'interesse sostanziale. Tale conclusione è sostenuta dalla considerazione che l'interesse a cui il concorrente aspira è il conseguimento dell'aggiudicazione, cosicché -laddove tale risultato sia comunque conseguibile nonostante la presenza delle clausole ritenute illegittime- la lesione è in origine solo potenziale, con relativa carenza di interesse a proporre un'impugnazione immediata. Viene ricordato (cfr. Cons. St., 4 marzo 2011 n. 1398; 23 maggio 2011 n. 3070) essere stato "più volte rilevato dalla giurisprudenza che l'onere di immediata impugnazione del bando ... sussiste solo se l'interessato intenda contestare la decisione dell'amministrazione di avviare la procedura concorsuale oppure ritenga di censurare clausole che impediscano la stessa partecipazione al concorso, potendo per il resto il concorrente attendere di verificare la lesività delle stesse all'esito della procedura (tra le più recenti C.d.S., sez. V, 10 agosto 2010, n. 5555; 25 maggio 2010, n. 3308; sez. VI, 23 settembre 2009, n. 5668)". L'onere di immediata impugnazione del bando è pertanto riferito normalmente alle sole clausole che, imponendo requisiti soggettivi di partecipazione non posseduti dal concorrente, gli impediscono in via immediata e diretta la partecipazione, nonché nei limitati casi in cui impongono oneri ai fini della partecipazione manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gara o della procedura concorsuale (cfr. Cons. St., VI, 14 novembre 2012 n. 5748).

Secondo tale orientamento la gara deve perciò comunque pervenire alla sua conclusione, visto che solo tale evento consente di individuare i soggetti concretamente lesi che potranno, da quel momento, mettere in discussione la legittimità. Essendo evocato un vizio che pregiudica la legittimità dell'intero procedimento l'esito dell'impugnazione non potrà, tuttavia, determinare il subentro all'originario aggiudicatario ma unicamente provocare l'integrale caducazione della procedura.

La possibilità che il procedimento si svolga inutilmente determina, tuttavia, un evidente spreco di risorse pubbliche e private e sembra perciò generare una significativa deviazione dai principi di cui all'art. 1 l. 241/1990, segnatamente rispetto a quello di economicità dell'azione amministrativa. La pendenza di un giudizio con simile oggetto è del resto destinata a condizionare le scelte (tanto della stazione appaltante, quanto dell'impresa vincitrice) relative alla gestione del rapporto conseguente all'aggiudicazione, e ciò in maniera tanto più sensibile quanto più risulti probabile l'annullamento della gara. Piuttosto che consentire alle imprese di partecipare con la riserva mentale di provocare all'occorrenza la caducazione del tutto (ma anche con il demotivante dubbio che analogo proposito abbiano le altre concorrenti), generando contenziosi a tutela di interessi meramente strumentali e connessi sprechi di risorse, sembra invece preferibile riconoscere alle concorrenti l'interesse ad impugnare immediatamente clausole idonee a compromettere la legittimità della procedura e, di conseguenza, l'aggiudicazione a cui aspirano.

L'esigenza di immediata tutela di tale interesse va ricollegata al carattere radicale dei vizi in questione, tali da connotare qualunque esito e mettere così le partecipanti davanti alla prospettiva di concorrere ad un'aggiudicazione menomata, tale cioè da non consentire il pieno e pacifico godimento del bene della vita messo a concorso. Cosicché la lesione che si prospetta all'atto della pubblicazione del bando non sembra essere meramente potenziale, visto che la presenza di una clausola invalidante impedisce ai concorrenti di poter fare affidamento su un esito della gara che possa rendere il vizio irrilevante, al contrario di quanto avviene per i vizi pacificamente deducibili con l'impugnazione "differita" del bando.

Non vi è, in effetti, alcun interesse all'impugnazione immediata di clausole che si riveleranno eventualmente lesive solo in quanto determinanti per l'aggiudicazione. Tali clausole caratterizzano non il procedimento nel suo insieme

ma solo le specifiche posizioni individuali delle concorrenti, cosicché gli effetti che esse producono sul provvedimento finale possono essere rimossi ex post riconsiderando esclusivamente la posizione dei soggetti coinvolti (sottraendo il punteggio non spettante; estromettendo la concorrente che non poteva partecipare), senza che ciò abbia conseguenze sulla legittimità complessiva della procedura. La capacità lesiva di clausole di questo genere si manifesta perciò solo se l'aggiudicataria venga a beneficiarne, rimanendo altrimenti irrilevante ogni loro (ritenuta) illegittimità. In tali evenienze la clausola illegittima non impedisce che il procedimento pervenga ad una conclusione utile e che abbia realmente ad oggetto la definitiva attribuzione del relativo bene della vita. Esito che non è contraddetto da un'eventuale impugnazione, visto che la lite riguardante una clausola di questo tipo verterebbe comunque su chi debba essere l'aggiudicatario e non anche sulla legittimità dell'intera gara.

Al contrario, clausole come quelle contestate in questa sede sono in grado di infettare ogni possibile esito e la loro illegittimità determina necessariamente l'integrale annullamento della procedura; esse cioè pregiudicano qualunque possibilità di chiudere il procedimento con un'aggiudicazione legittima. L'aggiudicazione ottenuta in esito ad un simile procedimento è perciò inficiata da una evidente precarietà: pur non avendo impedito il conseguimento del bene della vita messo a gara, il vizio originario continua tuttavia a caratterizzare l'esito finale rendendolo suscettibile di essere integralmente rimesso in discussione per iniziativa di uno qualsiasi degli altri concorrenti (nonché dalla stessa p.a. nell'esercizio dell'autotutela). Mentre nell'altra ipotesi è infatti legittimato al ricorso solo chi abbia interesse ad eliminare la clausola lesiva in quanto di ostacolo alla propria aggiudicazione, nel caso in esame l'interesse strumentale alla totale rinnovazione del procedimento fa invece tendenzialmente capo a tutte le concorrenti.

L'aggiudicazione così acquisita, in quanto esposta al rischio susseguente ad azioni (intentate o anche solo paventate, fondate su ragioni deducibili dalla stessa aggiudicataria ove l'esito fosse stato diverso) di un numero spesso considerevole di soggetti legittimati, appare tutt'altro che concreta e si presenta anzi come un'utilità menomata, priva della pienezza che tipicamente caratterizza il "bene della vita" in questione. Perciò non sembra che il conseguimento di un'utilità finale di così incerta stabilità possa costituire il bene a cui le concorrenti aspirano ed essere in grado di giustificare la preclusione all'impugnazione immediata delle clausole in questione. Specularmente, l'interesse all'impugnazione immediata si presenta non già come mero interesse procedimentale che pretende di rendersi autonomo rispetto al "vero" interesse sostanziale, bensì quale espressione di concrete esigenze di tempestiva tutela della suddetta posizione sostanziale.

La partecipazione alla gara non è infatti preordinata a conseguire un'astratta aggiudicazione, quali che possano essere i rischi che su di essa gravano a causa del vizio originario, bensì un'aggiudicazione legittima, che non è espressione di una mera aspirazione alla legalità dell'azione amministrativa disancorata dalla posizione giuridica sottostante, ma concreta esigenza di un esito che sia capace di consolidarsi, di prendere realmente sostanza in quanto purificato dai fattori di rischio in grado di comprometterne pienezza e stabilità. Non si tratta perciò di dare tutela a meri interessi procedimentali, quanto di riconoscere l'interesse a contestare immediatamente clausole illegittime in grado di interferire negativamente sull'utilità sostanziale a cui la partecipazione al procedimento è finalizzata.

L'affidamento sulla legittimità del procedimento -in quanto fondato sull'esistenza dei presupposti per una partecipazione "utile", e quindi su un bando in grado di consentire un esito che solo in quanto stabile potrà dirsi, all'evenienza, favorevole- deve perciò ritenersi caratteristica intrinseca dell'interesse a conseguire l'aggiudicazione. Solo la presenza di tale affidamento è del resto in grado di giustificare lo stanziamento (spesso ingente) di risorse aziendali che la partecipazione richiede. La possibilità che le soluzioni tecniche ed economiche che si intendono proporre in sede di gara vengano "bruciate", siano cioè esposte alla conoscenza degli altri concorrenti nell'ambito

di un procedimento che si ritiene insuscettibile di avere un esito da cui possa ricavarsi un sicuro vantaggio, è ulteriore circostanza che evidenzia la concretezza ed attualità dell'interesse a che la gara non si avvii prima della risoluzione di simili dubbi sulla sua legittimità.

L'aggiudicazione costituisce quindi il bene finale solo se considerato dalla prospettiva di una gara che possa concludersi utilmente, in grado cioè di conferire al concorrente vittorioso un'utilità stabile in quanto derivante da un provvedimento finale immune da vizi originari che ne compromettano il consolidamento. L'interesse ad un'aggiudicazione legittima ha perciò decisi connotati di concretezza, mentre è l'aspirazione ad un'aggiudicazione non qualificata a mostrare evidenti tratti di astrattezza visto che un atto esposto a rischio annullamento perde gran parte del suo carattere favorevole e diventa, anzi, possibile fonte di danni.

La posizione soggettiva in questione deve perciò ritenersi intrinsecamente caratterizzata dall'interesse ad evitare lo svolgimento di un procedimento che metta in palio utilità finali precarie, esposte a fattori di rischio che necessariamente ne sviliscono il valore. L'interesse tutelato è quindi quello ad un'aggiudicazione conseguita in esito ad un procedimento da cui siano state preliminarmente rimosse clausole invalidanti o la cui legittimità non possa più essere in seguito contestata.

2.3 - L'interesse a conseguire un'aggiudicazione con le suddette caratteristiche deve quindi ritenersi immediatamente e concretamente leso dalle clausole contestate con i motivi di ricorso, con conseguente tardività dell'impugnazione proposta. Il ricorso in esame è stato infatti notificato (16 novembre 2012) ben oltre il termine di 30 giorni di cui all'art. 120, co. 5, c.p.a. decorrenti dalla pubblicazione del bando (24 agosto) o al più tardi dal termine ultimo di presentazione delle offerte (11 settembre).

2.4 – Il collegio deve a questo punto rilevare che i motivi di ricorso si riferiscono a clausole non annoverabili tra quelle di cui il richiamato orientamento espresso da Ad. Plen. 1/2003 (a cui questo stesso Tribunale ha fatto costante riferimento) esige l'impugnazione immediata. Si tratta invece di clausole che la richiamata giurisprudenza ritiene impugnabili con l'atto finale del procedimento.

Emergendo la “presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto”, il collegio deve quindi porsi d'ufficio la possibilità di concedere la rimessione in termini ex art. 37 c.p.a. Tale questione va pertanto preliminarmente prospettata alle parti ex 73, co. 3, c.p.a.

.3. Esigenze di economia processuale impongono l'esame anche della successiva eccezione, con cui è contestata la mancata notifica del ricorso ai Comuni di Notaresco e Morro d'Oro, ritenute autorità co-emananti del bando impugnato. Sul punto va osservato che il bando individua come “amministrazione aggiudicatrice” il solo Comune di Roseto d.A., da cui proviene tanto la determinazione di aggiudicazione quanto gli atti costituenti la *lex specialis*, per cui l'eccezione in questione a stessa deve essere disattesa.

Essendo tuttavia il servizio in questione destinato ad essere erogato anche presso strutture gestite dal Comune di Morro d'Oro, e la circostanza risulta chiaramente dagli atti, tale ente si qualifica come (ulteriore) controinteressato e pertanto avente titolo a partecipare al giudizio.

Non si può infatti condividere nemmeno la ulteriore prospettazione comunale secondo cui alla società aggiudicataria ed al predetto Comune farebbe capo un unico indivisibile interesse alla sopravvivenza dell'atto, cosicché si tratterebbe di figura soggettivamente complessa costituente controinteressato unico, tale non consentire l'integrazione successiva del contraddittorio. Al riguardo si osserva che si tratta di figure soggettive evidentemente distinte, ciascuna titolare di un proprio interesse alla conservazione dell'atto, fattispecie perciò riconducibile a quelle caratterizzate da una pluralità di controinteressati in cui il giudizio è ammissibilmente radicato qualora il ricorso sia notificato anche ad uno solo di essi.

Nei confronti del predetto Comune va pertanto disposta l'integrazione del contraddittorio nei termini indicati in

dispositivo.

4. Spese al definitivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo, parzialmente decidendo sul ricorso in epigrafe,

- ordina l'integrazione del contraddittorio e per l'effetto dispone che a cura della ricorrente il ricorso e la presente sentenza vengano notificati al Comune di Morro d'Oro entro 30 giorni dalla comunicazione (o notificazione, se anteriore) della decisione, con deposito presso la Segreteria del Tribunale entro i successivi 15 giorni;
- rigetta in parte le eccezioni preliminari come da motivazione;
- riserva la decisione sull'eccezione residua, assegnando alle parti, ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a., il termine di 30 giorni, decorrente dalla scadenza del termine di costituzione in giudizio assegnato al Comune di Morro d'Oro ex artt. 46 e 119, comma 2, c.p.a., per il deposito di memorie concernenti la questione della rimessione in termini;
- fissa per il prosieguo l'udienza pubblica del 12 febbraio 2014.

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 26 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Elvio Antonelli, Consigliere

Alberto Tramaglini, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/10/2013

IL SEGRETARIO

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