



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 188 del 2014, proposto da:  
Magic Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Boifava, con  
domicilio presso Segreteria T.A.R. in Brescia, Via Carlo Zima, 3;

***contro***

Comune di Albino, rappresentato e difeso dall'avv. Fulvia Colleoni,  
con domicilio presso Segreteria T.A.R. in Brescia, Via Carlo Zima, 3;

***nei confronti di***

Lottovolante Società Cooperativa Sociale Onlus, La Fenice Società  
Cooperativa Sociale Onlus, Chimera Società Cooperativa Sociale Arl  
Onlus, Diagramma Società Cooperativa Sociale Onlus, tutte non  
costituite;

***per l'annullamento***

della determinazione dirigenziale n. 31 del 16/1/2014, per mezzo  
della quale il Comune resistente aggiudica definitivamente al  
costituendo raggruppamento controinteressato la concessione "per la

valorizzazione ricreativa, sportiva, turistica e culturale dell'area verde Prato alto", per anni sei;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Albino;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 dicembre 2014 il dott. Giorgio Calderoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

I. La presente controversia viene definita con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 120 comma 6 c.p.a.

II. Oggetto di impugnazione è la determinazione dirigenziale n. 31 del 16/1/2014 per mezzo della quale il Comune di Albino ha aggiudicato definitivamente al costituendo raggruppamento controinteressato la concessione "per la valorizzazione ricreativa, sportiva, turistica e culturale dell'area verde Prato alto", per anni sei.

A sostegno di detta impugnazione si deducono in ricorso le seguenti censure:

1. violazione della *lex specialis* di gara e degli artt. 30 e 37 D. Lgs. 163/2006, in quanto l'offerta economica di detto raggruppamento reca la sottoscrizione del solo legale rappresentante della Cooperativa Lottovolante, indicata come mandataria, mentre l'art. 2 comma 3 del

bando stabiliva che - in caso di presentazione di offerte da parte di associazioni temporanee - l'offerta dovesse essere sottoscritta da tutte le imprese costituenti l'associazione o il consorzio;

2. ulteriore violazione dell'art. 37 D. Lgs. 163/2006, stante che la proposta progettuale del R.T.I. aggiudicatario prevede che la Coop. sociale Fenice avrà come compito la supervisione gestionale e il coordinamento delle attività specifiche svolte dalle cooperative partecipanti all'ATI, con ciò contravvenendosi al principio di carattere generale (dunque applicabile anche alle concessioni di servizi, quale quella *de qua*), stabilito dall'art. 37 comma 4 Cod. contratti e che impone alle imprese associate di indicare quale parte del servizio venga svolto da ciascuna delle stesse;

3. violazione dei principi di *par condicio* e segretezza delle offerte, poiché la tabella inserita all'ultima pagina della proposta progettuale avrebbe introdotto, all'interno degli elementi qualitativi, "contenuti quantitativi tali da disvelare l'impegno economico del concorrente".

III. In data 26 febbraio 2014 si è costituito in giudizio il Comune di Albino, contestando la fondatezza delle censure avversarie.

IV. Alla Camera di Consiglio dello stesso 26 febbraio 2014, questa Sezione assumeva l'ordinanza cautelare n.115/2014, del seguente tenore letterale:

*<<Considerato quanto segue:*

*1. preliminarmente, il Collegio dà atto che - giusta la costituzione in data odierna (con produzione di documenti e memoria) del Comune di Albino e l'eccezione di tardività sul punto sollevata dalla difesa di parte ricorrente - non ravvisa*

*eccezionali ragioni per autorizzare, ex art. 55 comma 8 c.p.a., la suddetta produzione tardiva, dalla quale, pertanto, prescindere nella decisione del presente incidente cautelare;*

*2. ai fini della delibazione dello stesso secondo i canoni propri di questa fase processuale, allo stato il Collegio osserva sinteticamente che:*

*a) il primo motivo di censura - che fa leva sulla mancata sottoscrizione dell'offerta economica da parte di tutte le imprese della costituenda ATI controinteressata - risulta obiettivamente depotenziato dalla constatazione per cui, nel peculiare caso di specie, l'offerta stessa riveste un ruolo invero marginale nell'economia complessiva dell'oggetto della gara e dei criteri di valutazione dettati dalla lex specialis, essendo a tale parametro riservato appena un quarto del punteggio totale attribuibile, stante che si tratta di offerta in rialzo sull'importo del canone annuo di importo assai modesto (1.000 euro: per inciso, la ricorrente ha offerto un canone complessivo di 1.200 euro e la controinteressata di 1.020 euro);*

*b) essendo, dunque, il baricentro della gara e dei criteri di valutazione spostato con ogni evidenza sulla proposta progettuale afferente la gestione e valorizzazione dell'area verde de qua, il richiamo ai principi formalistici che valgono usualmente per le vere e proprie gare di appalto con offerte al ribasso difficilmente può condurre ex se alla conseguenza, cui detto richiamo espressamente tende, di inficiare sino alla nullità l'offerta economica medesima;*

*c) l'evidenziata peculiarità della fattispecie depotenzia anche il secondo motivo di censura, in quanto a detta fattispecie (che la medesima parte ricorrente sembra ascrivere - pag. 5 del ricorso - al genus della concessione di servizi) altrettanto difficilmente sembra applicabile de plano la norma di cui all'art. 37 comma 4 del*

*Cod. contratti in tema di obbligo di indicare (negli appalti di servizi e forniture) quale parte del servizio (o della fornitura) venga svolto da ciascuna delle imprese associate;*

*d) in relazione, infine, al già evidenziato e particolare tipo di offerta economica da presentare (come detto: in rialzo sull'importo di un canone annuo minimo) si rivela inconferente il rilievo, svolto col terzo e ultimo motivo, secondo cui l'indicazione degli investimenti stimati per le varie voci della proposta progettuale della controinteressata integrerebbe una commistione tra profilo tecnico e profilo economico, giacché nessun nesso è ravvisabile, nella presente fattispecie, tra indicazione dei costi progettuali presunti e offerta di un canone annuo di concessione;*

*3. conclusivamente, la domanda cautelare all'esame deve essere respinta, mentre le spese della presente fase possono essere compensate, stante la natura interpretativa delle questioni qui affrontate>>.*

V. Con Ordinanza 29-30 aprile 2014, n. 1766, la Sez. V del Consiglio di Stato riformava la predetta ordinanza n. 115/2014 e accoglieva l'istanza cautelare in primo grado con la seguente motivazione:

*<<Rilevato che all'esame proprio della fase cautelare appare fondato il primo motivo di gravame, atteso che, ai sensi del terzo comma dell'art 2 del bando di gara, nel caso di partecipazione alla gara di associazioni temporanee di concorrenti di cui all'art. 2602 c.c., anche se non costituite, l'offerta doveva essere sottoscritta da tutte le imprese che avrebbero poi costituito l'associazione o il consorzio, laddove nel caso di specie è pacifico che l'offerta è stata sottoscritta dalla sola cooperativa Lottovolante>>.*

VI. In vista dell'odierna udienza pubblica di discussione della causa, il

18 novembre 2014 parte ricorrente depositava memoria difensiva.

VII.1. Ciò premesso, ai fini della decisione del merito del ricorso il Collegio ritiene di doversi uniformare al giudicato cautelare derivante dalla menzionata pronunzia del Giudice d'appello, prendendo, dunque, atto che lo stesso ha reputato di dare rilievo prevalente - pur in una fattispecie concorsuale caratterizzata da quelle peculiarità evidenziate nell'ordinanza n. 115/2014 di questa Sezione - al dato letterale di cui all'art. 2 del bando di gara.

Ne consegue la fondatezza del primo motivo di gravame, con cui si denuncia, per l'appunto, la violazione di detta disposizione della *lex specialis*.

VII.2. L'accoglimento di tale motivo è *ex se* sufficiente a comportare l'esclusione dell'offerta dell'ATI controinteressata e a comportare l'aggiudicazione della gara alla società ricorrente, unica altra concorrente ammessa alla gara stessa.

VII.3. Per completezza di disamina, il Collegio deve confermare, in questa sede di merito, il giudizio di infondatezza espresso nell'ordinanza n. 115/2014 sulle residue censure dedotte in ricorso, e ciò per le seguenti ragioni:

i) la citata ordinanza n. 1766/2014 del Consiglio di Stato si è limitata a dichiarare la fondatezza del primo motivo, senza far cenno degli ulteriori secondo e terzo, sui quali non può pertanto ritenersi essersi formato un giudicato cautelare in senso contrario alla pronuncia di primo grado;

ii) in ordine al secondo motivo, nella propria memoria 18 novembre

2014, Magic s.r.l. si richiama alla sentenza Ad. Plen. Cons. Stato 30.1.2014 n. 7/2014 (anteriore alle due ordinanze di I e II grado rese nella fase cautelare del presente giudizio), ma detta pronuncia è relativa al comma 13 dell'art. 37 Cod. contr. (e non al comma 4 qui invocato da Magic) e in ogni caso ha stabilito (capo 7.6.) che detto comma 13 (il quale impone ai concorrenti riuniti, già in sede di predisposizione dell'offerta, l'indicazione della corrispondenza fra quota di partecipazione al raggruppamento e quota di esecuzione delle prestazioni) *“pur integrando un precetto imperativo capace di imporsi anche nel silenzio della legge di gara come requisito di ammissione dell'offerta a pena di esclusione, non esprime un principio generale desumibile dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ovvero dalla disciplina dei contratti pubblici di appalto e come tale, a mente dell'art. 30, co. 3, del medesimo codice, non può trovare applicazione ad una selezione per la scelta del concessionario di un pubblico servizio”*;

Pertanto, la richiamata sentenza Ad. Plen. n. 7/2014 o non è pertinente al caso di specie o, semmai, fornisce argomenti a favore della non applicabilità all'istituto della concessione di servizi anche della (tutto sommato analoga) disposizione di cui al quarto comma dell'art. 37 cod. contr., così come già anticipato alla lett. c) dell'ordinanza cautelare n. 115/2014 di questa Sezione;

iii) nessuna ulteriore trattazione del terzo motivo è contenuta nella memoria Magic 18.11.2014 (che rinvia direttamente “a quanto già dedotto”), per cui – nel già rimarcato silenzio della pronuncia cautelare n. 1766/2014 Cons. Stato sul punto – non si ravvisano

ragioni per discostarsi dall'avviso già espresso al riguardo in sede cautelare circa l'inconferenza del rilievo, svolto con detto terzo e ultimo motivo, secondo cui l'indicazione degli investimenti stimati per le varie voci della proposta progettuale della controinteressata integrerebbe una commistione tra profilo tecnico e profilo economico, giacché nessun nesso evidente è ravvisabile, nella presente fattispecie, tra indicazione dei costi progettuali presunti e offerta di un canone annuo di concessione.

VIII. Stante la fondatezza della prima censura, il ricorso deve essere conclusivamente accolto e, di conseguenza, l'impugnata aggiudicazione al R.T.I. controinteressato (e non costituito in giudizio) deve essere annullata.

Quanto agli effetti consequenziali a detto annullamento, il Collegio prende atto che nella più volte citata memoria 18.11.2014, Magic s.r.l. ha dichiarato che "l'*opus* concorsuale non è ancora stato assegnato", cosicché non occorre procedere ad alcuna pronuncia di inefficacia di un contratto non stipulato ed è possibile, in accoglimento della domanda principale formulata da Magic stessa, disporre la reintegrazione in forma specifica in favore di quest'ultima, mediante l'ordine alla stazione appaltante di procedere, entro il 31 gennaio 2015, alla stipula del contratto *de quo*, a tutte le condizioni e per la durata prevista nella legge di gara, con la medesima Magic.

Stante la disposta reintegrazione in forma specifica, divengono improcedibili le subordinate domande risarcitorie proposte sempre da Magic.



Quanto alle spese di lite, queste possono essere compensate tra tutte le parti in causa, stante l'andamento alterno della fase cautelare del giudizio e il limitato accoglimento, nel merito, delle censure svolte da parte ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo ACCOGLIE nei sensi e agli effetti di cui al capo VIII della motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente, Estensore

Stefano Tenca, Consigliere

Mara Bertagnolli, Consigliere

**IL PRESIDENTE, ESTENSORE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/12/2014

IL SEGRETARIO

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