

N. 08208/2013 REG.PROV.COLL.
N. 07687/2012 REG.RIC.



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 il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7687 del 2012, proposto da:
Soc Esperia Srl, rappresentato e difesa dall'avv. Sergio Caracciolo,
con domicilio eletto presso Sergio Caracciolo in Roma, via
Lazio,20/C;

contro

Comune di Fara in Sabina, rappresentato e difeso dall'avv. Nicola
Marcone, con domicilio eletto presso Nicola Marcone in Roma,
piazza dell'Orologio, 7;

nei confronti di

Consorzio Virtus Italia Onlus Consorzio di Solidarieta' Sociale
Onlus, rappresentato e difeso dall'avv. Mila Dusseldori, con
domicilio eletto presso Mila Dusseldori in Roma, via Ovidio, 9; Soc
Coop Sociale La Scintilla Sociale;

per l'annullamento

della Determinazione Dirigenziale n. 127 del 30.07.2012 del Comune di Fara Sabina;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Fara in Sabina e di Consorzio Virtus Italia Onlus Consorzio di Solidarieta' Sociale Onlus;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 maggio 2013 il dott. Raffaello Sestini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato e ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

1 - Che la ricorrente impugna gli atti della gara cui ha partecipato, e che si è conclusa con l'aggiudicazione alla contro interessata, proponendo una pluralità di censure riguardanti la mancata aggiudicazione in suo favore e la illegittimità, propria e derivata, dell'intera procedura di gara, e chiede inoltre il risarcimento del danno per equivalente, da liquidarsi in via equitativa;

2 - Che con il primo motivo di ricorso, in particolare, si deduce l'illegittimità in via derivata della seconda gara, indetta dal Comune di Fara Sabina con bando del 3 agosto 2012 ed aggiudicata alla contro interessata Virtus Italia Onlus, derivante dalla illegittimità della

determinazione n. 127 del 30 luglio 2012 di annullamento in autotutela della prima gara, sotto il profilo della violazione dell'art. 21 nonies della legge 241/1990, non sussistendo i presupposti per l'annullamento in autotutela della gara ovvero sia l'illegittimità della lex specialis e l'interesse pubblico;

3 - Che, con il secondo motivo di ricorso, si afferma la violazione dei principi di trasparenza e pubblicità delle gare d'appalto da parte del Comune appaltante relativamente alla seconda gara, con particolare riguardo all'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche in seduta riservata;

4 - Che il terzo motivo di ricorso censura il bando, ed il disciplinare di gara, per illegittimità delle previsioni in tema di assegnazione del punteggio tecnico ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, evidenziando il mancato rispetto da parte della Commissione della proporzionalità nell'assegnazione dei singoli pesi;

5 - Che con il quarto motivo di ricorso si lamenta la carenza di istruttoria e la illogicità nell'attribuzione dei punteggi resi dalla Commissione giudicatrice e ne contesta la legittimità;

6 - Che con il quinto motivo di ricorso si afferma l'illegittimità nella verbalizzazione delle operazioni di gara, con la conseguenza che l'intera procedura della seconda gara dovrebbe essere annullata, in quanto dai verbali non risulterebbe la presenza di delegati delle concorrenti, né il passaggio dalle sedute pubbliche alle sedute

riservate né, infine, sarebbero state indicate le modalità di conservazione dei plichi;

7 - Che con il sesto motivo di ricorso si contesta l' incongruità del termine di 21 giorni per la presentazione delle offerte.

8 - Che con il settimo motivo di ricorso si afferma la erronea valutazione dei requisiti della Virtus Italia Onlus, con la conseguente illegittimità dell'aggiudicazione disposta in suo favore "per aver quest'ultima presentato una sola referenza bancaria ... anziché le due prescritte a pena di esclusione dal disciplinare di gara";

9 - Che il Comune intimato, costituitosi in giudizio, eccepisce in primo luogo l' inammissibilità del ricorso per carenza d'interesse e per acquiescenza, non essendo stati specificamente impugnati nè la determinazione n. 146 del 27 agosto 2012 di aggiudicazione definitiva della seconda gara alla Virtus Italia Onlus, né il diniego formatosi sui due preavvisi di ricorso del 3 e del 31 agosto 2012, rispettivamente comunicati al Comune di Fara Sabina il 3 agosto 2012 ed il 3 settembre 2012;

10 - Che le predette eccezioni, facenti tutte riferimento alla carenza d'interesse al ricorso, non possono essere condivise dal Collegio, in quanto l'accoglimento delle censure dedotte potrebbe comportare comunque effetti favorevoli per la ricorrente, sia quanto alla possibilità di concorrere in caso di riedizione della procedura di gara, sia quanto al risarcimento del danno;

11 - Che, nel merito, a giudizio del Collegio le censure riferite alla

ritenuta incongrua attribuzione dei punteggi alla ricorrente ed alla contro interessata non sono corredate da alcuno specifico elemento probatorio, né da alcuna allegazione circa la prova di resistenza, non dimostrando la ricorrente che l'accoglimento dei motivi di ricorso comporterebbe una sua collocazione in graduatoria utile ai fini dell'aggiudicazione in suo favore;

12 - Che non possono, del pari, essere accolte le censure riferite alla necessaria esclusione della contro interessata dalla procedura di gara, in quanto la documentazione dalla stessa allegata risulta conforme alle prescrizioni di gara, alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità;

13- Che non risulta altresì fondato il primo motivo di ricorso, riferito alla illegittimità derivata da quella dell'annullamento della precedente procedura di gara, atteso che il predetto atto risulta, al contrario, essere stato legittimamente adottato secondo le prescrizioni in tema di autotutela, in disparte ogni considerazione circa la sopravvenuta carenza di un interesse differenziato e qualificato all'annullamento;

14 - Che restano quindi da esaminare le censure concernenti la illegittimità dell'intera procedura di gara, il cui accoglimento implicherebbe non l'obbligo di aggiudicazione in favore della ricorrente, bensì la necessità di rinnovare l'intera procedura;

15 - Che a tale ultimo riguardo assume rilievo decisivo la censura di violazione dei generali criteri di trasparenza delle procedure di gara, che costituiscono un necessario corollario dei principi di imparzialità

e buon andamento dell'attività amministrativa sanciti dall'art. 97 della Costituzione e che, secondo la ormai univoca giurisprudenza del Consiglio di Stato, sono irrimediabilmente lesi dall'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche da parte della Commissione di gara in seduta riservata, alla stregua della decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2013 sulla funzione transitoria dell'art. 12 del d.l. 7 maggio 2012, n. 52 (conv. in legge 6 luglio 2012, n. 94); norma con la quale è stato modificato l'art. 120, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010, con l'introduzione dell'obbligo (già affermato dalla giurisprudenza) di aprire in seduta pubblica le offerte tecniche non ancora aperte alla data del 9 maggio 2012;

16 – Che, infatti, la citata sentenza ha chiarito che il succitato art. 12 è stato introdotto al fine di salvaguardare gli effetti delle procedure concluse o pendenti alla data del 9 maggio 2012, mentre, nel caso di specie, la gara è stata indetta il 2 agosto 2012 ed i plichi sono stati aperti il 23 agosto 2013, e dunque nel pieno regime di operatività dell'art. 120, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010, come modificato dall'art. 12 sopra richiamato;

17 – Che il medesimo disciplinare di gara prevedeva espressamente l'apertura della Busta B "Offerta Tecnica" in seduta pubblica, di modo che l'apertura delle offerte tecniche in seduta riservata ha comportato la violazione della lex specialis di gara e della normativa in materia e la necessità di annullare l'intera gara;

18 – Che, a seguito dell'accoglimento delle censure proposte nei

sensi e nei limiti sopra evidenziati, deve quindi essere esaminata la domanda risarcimento dei danni formulata dalla ricorrente;

19 – Che, osserva il Collegio al contrario di quanto dedotto dal Comune, secondo la giurisprudenza costante, in materia di appalti pubblici la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno non richiede la prova della colpa, avendo l'art. 124 c.p.a. introdotto un'ipotesi di responsabilità oggettiva, in linea con la giurisprudenza europea e, segnatamente, con la sentenza del 30 settembre 2010 (C-314/09), della Terza Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in cui si è ribadito che la vigente normativa europea che regola le procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi non consente ad una normativa nazionale di subordinare il diritto ad ottenere un risarcimento, a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'Amministrazione aggiudicatrice, al carattere colpevole di tale violazione;

20 - Che, peraltro, non può essere accolta la prospettazione di parte ricorrente circa la quantificazione del danno subito, e che, in particolare, le spese per la partecipazione alla gara non appaiono liquidabili in via equitativa in mancanza dell'allegazione di almeno un principio di prova, contabilmente e fiscalmente valido, circa l'effettiva spesa sostenuta, risultando non conferente, a tal fine, l'allegata giustificazione di aver dovuto partecipare a due gare pubbliche ravvicinate nel tempo, posto che ciò non impediva alla

ricorrente di documentare le spese di entrambe le gare;

21 - Che, quanto al mancato utile (che si chiede di liquidare equitativamente in misura pari al 10% della propria offerta), pur se la difesa di parte ha dato la prova del valore economico ai fini della liquidazione del danno, rapportato all'offerta economica della ricorrente e pari a E. 252.381,75, considera il Collegio che il lucro cessante deve essere, in realtà, rapportato all'utile che la ricorrente avrebbe conseguito a seguito dell'aggiudicazione non conseguita, e che la gara che la presente sentenza annulla per un vizio generale di procedura si era conclusa con l'aggiudicazione –non alla ricorrente bensì- alla contro interessata, che aveva presentato la migliore offerta;

22 – Che pertanto non può essere liquidato alla ricorrente, per mancato guadagno e per danno curriculare, alcun risarcimento per effetto dell'illegittimo comportamento del Comune, in quanto l'accertata illegittimità ha, viceversa, danneggiato solo la contro interessata, che in caso contrario avrebbe definitivamente ottenuto l'aggiudicazione;

23 – Che, conclusivamente, il ricorso deve essere accolto solo in parte, limitatamente all'annullamento dell'intera procedura di gara, con il conseguente obbligo del Comune di procedere alla sua rinnovazione, senza che da ciò discenda il riconoscimento di un danno della ricorrente suscettibile di risarcimento;

24 - Che sussistono giustificate ragioni, in relazione alla complessità e

non univocità delle fattispecie dedotte, per compensare le spese di giudizio fra le parti;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e per l'effetto annulla gli atti impugnati ai sensi e nei limiti di cui in motivazione.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Eduardo Pugliese, Presidente

Raffaello Sestini, Consigliere, Estensore

Francesco Arzillo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/09/2013

IL SEGRETARIO

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