

N. 00910/2015 REG.PROV.COLL.

N. 00299/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 299 del 2015, proposto da:

Codess Sociale Società Cooperativa Sociale Onlus, rappresentata e difesa dagli avv. Andrea Pavanini, Valeria Zambardi e Carlo Cerami, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Galleria S.Babila, 4/A;

contro

Comune di Jerago con Orago, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Pasquale Basile, con domicilio eletto in Milano, presso la Segreteria del Tribunale

per l'annullamento

del diniego di sospensione della procedura aperta per l'affidamento in concessione della gestione del centro diurno integrato "Don Ghiringhelli" di Jerago con Orago e di riapertura dei termini di presentazione delle offerte, del disciplinare di gara, e di ogni altro atto, presupposto, propedeutico, consequenziale o comunque connesso, ivi compresa l'eventuale, non conosciuta, aggiudicazione del servizio, nonché per la caducazione del contratto eventualmente medio tempore stipulato, e nel caso, con espressa richiesta di subentro ex artt. 122 e 124 c.p.a. della ricorrente nella parte di contratto ancor da eseguire, fermo in tal caso il risarcimento per equivalente, per la parte già eseguita.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Jerago con Orago;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 marzo 2015 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la determinazione in epigrafe indicata il Comune resistente ha indetto una gara per l'affidamento in concessione del servizio di gestione di centro diurno integrato, da affidarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, mediante l'ausilio del Sistema di Intermediazione Telematica della Regione Lombardia (nel proseguo "Sintel"), fissando quale termine di presentazione delle offerte il giorno 30.1.2015.

L'attuale ricorrente, avvalendosi di detto sistema Sintel, non riusciva a compilare la propria offerta economica, poiché il medesimo non consentiva di inserire un rialzo superiore al 100% del canone di concessione base indicato dalla *lex specialis*, chiedendo conseguentemente la sospensione della procedura, ciò che è stato tuttavia negato con il provvedimento impugnato nel presente giudizio.

Il Comune resistente si è costituito in giudizio, insistendo per il rigetto del ricorso, in rito e nel merito.

Con decreto presidenziale n. 172/15 si è accolta l'istanza di sospensione della procedura impugnata, per cui non ha avuto luogo l'apertura delle offerte.

All'udienza camerale del 5.3.2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il Collegio ritiene che il giudizio possa essere definito con sentenza in forma semplificata, emessa ai sensi dell'art. 60 c.p.a., adottata in esito alla camera di consiglio per la trattazione dell'istanza cautelare, stante l'integrità del contraddittorio, l'avvenuta esaustiva trattazione delle tematiche oggetto di giudizio, nonché la mancata enunciazione di osservazioni oppostive delle parti, rese edotte dal Presidente del Collegio di tale eventualità.

D) Il ricorso è fondato poiché, come già evidenziato nel decreto monocratico, la *lex specialis* non prevedeva alcun limite massimo al valore percentuale di rialzo sul canone annuo di concessione, né indicava altrimenti quale fosse il valore massimo ammesso dal sistema Sintel, ciò che ha reso del tutto arbitraria la mancata accettazione dell'offerta della ricorrente da parte di detto sistema, da utilizzarsi obbligatoriamente da parte dei concorrenti.

I.1) Malgrado l'Amministrazione abbia infatti affermato, nella nota prot. n. 1135 del 6.2.2014, che i contenuti dell'offerta telematica e di quella cartacea avrebbero potuto essere diversi, ciò è stato tuttavia indicato solo *ex post*, successivamente alla scadenza del termine per presentare offerta, e non invece nella *lex specialis*.

Osserva in particolare il Collegio che, seppure il disciplinare prevedeva che "il valore inserito nella piattaforma Sintel è richiesto esclusivamente dal sistema per completare le operazioni di caricamento dell'offerta, ma non determina il calcolo della graduatoria provvisoria", la contestuale richiesta di indicazione, a pena di esclusione, della detta percentuale di rialzo anche nell'offerta telematica, avrebbe infatti ben potuto dare luogo, secondo un'interpretazione del tutto plausibile della *lex specialis*, all'esclusione del partecipante che avesse compilato solo parzialmente detta offerta, non inserendo il valore non accettato dal sistema.

Né, infine, poteva desumersi inequivocabilmente da detta clausola che la *lex specialis* considerasse irrilevanti eventuali discrasie tra la versione cartacea ed elettronica dell'offerta, ciò che, come detto, è stato chiarito dalla stazione appaltante solo successivamente.

II) Ai fini del rigetto del ricorso non può inoltre assumere alcun rilievo la perentorietà del termine per la presentazione delle offerte, invocata in più occasioni dalla difesa comunale.

In primo luogo, osserva infatti il Collegio che tali argomenti si pongono in realtà in contraddizione con le ulteriori difese della resistente, nelle quali si tenta di imputare alla "fretta" della ricorrente i malfunzionamenti del sistema, atteso che, proprio dalla perentorietà di detto termine, conseguiva pacificamente, a contrario, il diritto di poter accedere per la prima volta al sistema Sintel anche nell'ultimo giorno utile.

In ogni caso, la richiesta di sospensione della procedura formulata dalla ricorrente, non si è resa necessaria da cause imputabili alla stessa, ma come già evidenziato, dalla contraddittorietà tra la *lex specialis*, che non fissava alcun limite alla percentuale di rialzo sul canone base, e la piattaforma Sintel, che invece non consentiva la formulazione di un rialzo superiore al 100%.

III) Ritiene infine il Collegio che neppure il richiamo alle peculiarità rinvenibili nell'affidamento delle procedure di concessione di servizi, ex art. 30 D.Lgs. n. 163/06, rispetto a quelle in materia di appalti pubblici, può rivestire alcun rilievo nella presente controversia.

In base a quanto disposto da tale norma, se è pur vero che le procedure di affidamento di una concessione di servizi non sono soggette alle disposizioni contenute nella parte II dello stesso codice, le stesse sono tuttavia assoggettate ai principi desumibili dal Trattato ed a quelli generali relativi ai contratti pubblici, ed in particolare, tra gli altri, a quelli di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione e parità di trattamento (C.S., Sez. V, 1.12.2014 n. 5915), i quali sono comunque stati pregiudicati dallo svolgimento della procedura impugnata, in considerazione della evidenziata contraddittorietà tra il contenuto della *lex specialis*, ed il funzionamento del sistema Sintel.

In conclusione, il ricorso va pertanto accolto.

Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e per l'effetto annulla i provvedimenti in epigrafe impugnati.

Condanna il Comune resistente al pagamento delle spese processuali in favore della ricorrente, equitativamente liquidate in Euro 1.500,00, oltre agli oneri di legge, ed al rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 5 marzo 2015 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Mauro Gatti, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/04/2015

IL SEGRETARIO

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