



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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1372 del 2015, proposto da:

Alpi S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Rodolfo Ventura, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Via Montebello, 24;

contro

Azienda di Servizi Alla Persona “Istituti Milanesi Martinitt e Stelline e Pio Albergo Trivulzio” di Milano, rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Meraviglia, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Via Marostica, 8;

nei confronti di

Grandimpianti Ali S.p.a.; non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della nota prot. n. 382/2015/UA/lp/all. 24 del 7.5.2015, con la quale l'Azienda resistente ha comunicato ad Alpi S.r.l. l'esclusione dalla procedura di gara bandita dalla stessa Azienda, della disciplina della procedura di gara, con particolare riferimento all'art. 8 del Capitolato Speciale, ed ove occorra, dei verbali delle sedute di gara, del provvedimento di aggiudicazione del servizio in favore di Grandimpianti Ali S.p.a., nonché di tutti gli atti ad essi presupposti, antecedenti, conseguenti e comunque connessi, cognitivi e non alla ricorrente Società, e per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto in favore di Grandimpianti Ali

S.p.a., ove *medio tempore* stipulato, nonché per la condanna della resistente Azienda al risarcimento del danno ingiustamente subito dalla Società ricorrente.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda di Servizi Alla Persona “Istituti Milanesi Martinitt e Stelline e Pio Albergo Trivulzio” di Milano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 marzo 2016 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente ricorso l'istante impugna il provvedimento di esclusione dalla procedura in epigrafe indicata.

La stazione appaltante si è costituita in giudizio, insistendo per il rigetto del ricorso, in rito e nel merito.

Con ordinanza n. 1293/15 il Tribunale ha accolto la domanda cautelare.

All'udienza pubblica del 24.3.2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato, quanto al primo motivo, con cui la ricorrente ha impugnato il provvedimento di esclusione dalla procedura di che trattasi, deducendo la violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara, che non è stato effettivamente rispettato dalla stazione appaltante, che ha invece aperto in seduta riservata i plichi contenenti la documentazione amministrativa e quelli relativi all'offerta economica.

I principi di pubblicità e trasparenza, che governano la disciplina comunitaria e nazionale in materia di appalti pubblici, comportano infatti che, l'apertura delle buste contenenti le offerte e la verifica dei documenti in esse contenuti vanno

effettuate in seduta pubblica anche laddove si tratti di affidamenti in economia nella forma del cottimo fiduciario (C.S., Sez. IV, 14.5.2014 n. 2501).

I) Con una prima eccezione, la difesa della stazione appaltante deduce la carenza di interesse in capo alla ricorrente, atteso che la stessa sarebbe stata legittimamente esclusa dalla procedura di che trattasi, senza sollevare sul punto specifiche censure, invece rivolte unicamente avverso la violazione del principio di pubblicità. In particolare, poiché l'offerta della ricorrente era priva di sottoscrizione, la stessa non avrebbe potuto che essere esclusa, ex art. 46 c. 1 bis D.Lgs. n. 163/2006, a prescindere dalle formalità osservate nell'ambito della seduta in cui si è proceduto alla sua apertura.

L'eccezione è infondata atteso che, contritamento a quanto rappresentato dalla difesa della stazione appaltante, nell'impugnare la propria esclusione, la ricorrente ha specificamente dedotto la violazione del principio di pubblicità della seduta in cui la stessa è stata disposta. In particolare, anche da un punto di vista cronologico, il vizio di cui la ricorrente ha dedotto la violazione si è manifestato precedentemente all'adozione del provvedimento contestato, viziandolo conseguentemente ed inevitabilmente.

Non assume pertanto rilievo nella fattispecie il richiamo ai principi affermati da Ad. Plen. n. 4/2011, secondo cui "nel caso in cui l'Amministrazione abbia escluso dalla gara il concorrente, questi non ha la legittimazione ad impugnare l'aggiudicazione, a meno che non ottenga una pronuncia di accertamento dell'illegittimità dell'esclusione". Nella fattispecie oggetto del presente giudizio, la ricorrente ha infatti impugnato la propria esclusione, peraltro proprio in considerazione della dedotta violazione procedimentale, non essendo pertanto pertinente il richiamo alla citata massima, diversamente da ciò che sarebbe accaduto, ad esempio, a fronte di un'esclusione motivata con riferimento alla mancanza di un requisito speciale, e di un ricorso proposto avverso le successive modalità di valutazione delle offerte, il cui accoglimento, diversamente dal caso

di specie, non sarebbe stato sufficiente a far conseguire all'istante la riammissione alla procedura impugnata.

La massima invocata dalla resistente prosegue infatti affermando che “la determinazione di esclusione, non impugnata o non annullata, cristallizza definitivamente la posizione sostanziale del concorrente”, ciò che tuttavia, come detto, non è pertinente nel caso di specie, in cui la ricorrente, in primo luogo, ha impugnato il provvedimento di esclusione, deducendone inoltre l'illegittimità proprio in considerazione delle modalità di svolgimento della seduta nel quale lo stesso è stato adottato.

II) Con una seconda eccezione preliminare, parimenti infondata, la difesa della stazione appaltante deduce la tardiva impugnazione della *lex specialis*, poiché la ricorrente, lamentando che le offerte sarebbero state aperte in seduta riservata, avrebbe dovuto tempestivamente impugnare la stessa, nella parte in cui disciplinava le modalità di svolgimento delle operazioni di gara.

L'eccezione non ha pregio atteso che, per giurisprudenza costante, l'onere d'immediata impugnazione del bando di concorso è circoscritto al caso della contestazione di clausole escludenti, riguardanti requisiti di partecipazione, che siano *ex se* ostative all'ammissione dell'interessato, o al più, impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, dovendo le altre clausole essere ritenute lesive ed impuginate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva. A fronte di una clausola assuntamente illegittima della *lex specialis* di gara, ma non impeditiva della partecipazione, il concorrente non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, poiché non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla

procedura concorsuale, e quindi in un'effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito può derivare (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 26.11/2015, n. 2496).

III) Quanto al merito, sotto un primo profilo, la difesa della stazione appaltante evidenzia che la procedura di che trattasi rientra tra quelle di cui all'art. 125 D.Lgs. n. 163/06, "in economia", ciò che, in conseguenza delle esigenze di semplificazione che connotano le stesse, darebbe luogo ad un'attenuazione degli adempimenti formali richiesti, da cui l'infondatezza delle doglianze in questa sede sollevate.

Il motivo va rigettato in relazione a quanto espressamente affermato da C.S. Sez. IV, n. 2501/2014 cit., che ha invece ritenuto obbligatorio, anche in tali procedure, la pubblicità delle sedute.

IV) Sotto altro profilo, evidenzia la resistente che, come previsto dalla *lex specialis*, la stazione appaltante ha proceduto ad effettuare una registrazione audiovisiva dell'intera seduta, pubblicata sul sito *web* aziendale il giorno stesso del suo svolgimento. Da detto filmato risulta, in particolare, l'integrità dei plichi e delle buste ivi contenute, e l'omessa sottoscrizione nell'offerta della ricorrente (minuto 5 del filmato in data 6.5.2015), ciò che dimostrerebbe la mancata violazione dei principi di trasparenza e pubblicità, erroneamente dedotti a fondamento del ricorso.

Ritiene il Collegio che detti argomenti siano infondati atteso che il principio di pubblicità non può in realtà essere soddisfatto che con la possibilità offerta al pubblico, eventualmente anche a distanza, di assistere dell'apertura delle offerte, contestualmente allo svolgimento di tali operazioni.

La registrazione audiovisiva della seduta rappresenta invece semplicemente una modalità di documentazione di ciò che avviene durante la stessa, analogamente a quanto avviene con la redazione del relativo verbale cartaceo, senza tuttavia che ciò possa avere conseguenze sananti, *ex post*, sull'avvenuta violazione del

principio di pubblicità, che attiene infatti alle modalità di svolgimento delle operazioni di gara, ed è pertanto indipendente dalle regole prescelte per la loro documentazione.

In conclusione, il ricorso va pertanto accolto.

Sussistono tuttavia giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio.

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.

Spese compensate, salvo il rimborso del contributo unificato in favore della ricorrente.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 24 marzo 2016 con l'intervento dei magistrati:

Elena Quadri, Presidente FF

Mauro Gatti, Consigliere, Estensore

Fabrizio Fornataro, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/04/2016

IL SEGRETARIO

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