



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 Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1021 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

LCD S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Filippo Donati, con domicilio eletto presso Filippo Donati in Firenze, via dei Servi 49;

contro

ARSIA - Agenzia Regionale per lo Sviluppo e l'Innovazione nel Settore Agricolo e Forestale, rappresentata e difesa dall'avv. Luciana Caso, con domicilio eletto presso Luciana Caso in Firenze, Avv.ra Reg.le - P. Unita' Italiana 1;

nei confronti di

PIERRESTAMPA S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Marco De Stefanis, con domicilio eletto presso Bruno Riccardo Nicoloso in Firenze, via A. Giacomini 4;

a) con l'atto introduttivo del giudizio:

per l'annullamento

- del decreto n. 139 del 19 maggio 2010 dell'ARSIA, recante *“Aggiudicazione definitiva della fornitura di servizi editoriali e di servizi per la comunicazione istituzionale dell'ARSIA ai sensi dell'art. 125 D. lgs. n. 163/2006 e del regolamento regionale n. 30 del 27/05/2008”*;
- di ogni ulteriore provvedimento presupposto, conseguente e consequenziale, anche ignoto ai ricorrenti, ivi compresa la lettera dell'ARSIA prot. 0003483 del 12 maggio 2010, successivamente ricevuta da LCD, recante *“Comunicazione ai sensi della legge 241/1990 dell'esito della gara relativa alla fornitura di servizi editoriali e fornitura di servizi per la comunicazione istituzionale dell'ARSIA”*.

B) con i motivi aggiunti depositati il 9/8/2010:

- perché sia dichiarata l'inefficacia del contratto stipulato tra ARSIA e PIERRESTAMPA S.r.l. in data 28/5/2010 (prot. n. 0004030 del 31/5/2010), con conseguente aggiudicazione dell'appalto alla società ricorrente ovvero, subordinatamente, suo subentro nel contratto stesso (con riserva di formulare domanda di risarcimento del danno).

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ARSIA e di Pierrestampa S.r.l., nonché il ricorso incidentale proposto da Pierrestampa S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2010 il dott. Carlo Testori e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1) Con lettera di invito datata 8/10/2009 l'Agenzia regionale per lo sviluppo e l'innovazione nel settore agricolo e forestale (ARSIA) ha indetto una consultazione con offerte, ai sensi dell'art. 125, comma 11 del D.Lgs. n. 163/2006, per la fornitura di servizi editoriali e di prodotti per la comunicazione istituzionale (durata dell'appalto: due anni; importo stimato del servizio: € 200.000,00).

A conclusione della procedura è risultata prima classificata nella graduatoria la società Pierrestampa s.r.l. alla quale, superata anche la fase di verifica dell'anomalia, ARSIA ha infine aggiudicato la fornitura dei servizi in questione con decreto dirigenziale n. 139 del 19/5/2010. Contro tale provvedimento la società LCD s.r.l. ha proposto il ricorso in epigrafe, prospettando vizi di violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili.

Si sono costituite in giudizio, chiedendo la reiezione del gravame perché infondato, sia ARSIA (che ha tra l'altro prodotto il contratto nel frattempo stipulato), sia la controinteressata Pierrestampa s.r.l. (che ha, altresì, proposto ricorso incidentale finalizzato in primo luogo a dimostrare che la ricorrente doveva essere esclusa dalla gara).

2) Nella camera di consiglio del 14 luglio 2010 questo Tribunale, con ordinanza n. 617, ha fissato la pubblica udienza del 20 ottobre 2010 per la trattazione della causa nel merito.

3) Con atto depositato il 9/8/2010 LCD s.r.l. ha proposto motivi

aggiunti con cui ha chiesto che sia dichiarata l'inefficacia del contratto stipulato tra le controparti, con conseguente aggiudicazione a sè dell'appalto ovvero suo subentro nel contratto stesso.

Pierrestampa s.r.l. e LCD s.r.l. hanno infine prodotto memorie e documentazione in vista dell'udienza del 20 ottobre 2010, in cui la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1) Il capitolato speciale dell'appalto di cui si controverte, riguardante *"Servizi di realizzazione grafica editoriale e fornitura di prodotti per la comunicazione istituzionale dell'ARSLA"*, individuava, quale oggetto dell'appalto stesso (art. 1) tre tipologie di prestazioni, relative rispettivamente:

A) a prodotti di comunicazione quali libri, dépliants, manifesti, pannelli informativi, pagine redazionali;

B) a servizi connessi alla realizzazione di campagne promozionali;

C) a servizi connessi alla partecipazione e/o organizzazione da parte dell'Agenzia di manifestazioni espositive e convegnistiche.

Il citato art. 1 del capitolato prevedeva che le prestazioni sub B) e sub C) dovevano essere *"rese a corpo e... remunerate con un corrispettivo fisso a forfait"*; mentre le prestazioni sub A) dovevano essere *"valutate secondo un listino di prezzi unitari corrispondenti alle voci di costo elencate nell'allegato 2"* e avrebbero formato oggetto di specifici ordinativi.

L'art. 12 prevedeva, quale criterio di aggiudicazione, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, da individuare mediante l'attribuzione di max 100 punti, di cui max 40 punti per l'offerta

tecnica e max 60 punti per l'offerta economica.

Pervenute n. 8 offerte entro il termine prefissato del 26/10/2009, il Responsabile del procedimento, avendo rilevato che erano state formulate offerte con valori disomogenei ed al fine di procedere alla corretta valutazione delle stesse, ha inviato ai concorrenti, in data 27/11/2009, una richiesta di chiarimenti chiedendo "*di specificare formalmente il prezzo unitario (cioè a dire a pagina)*" di una serie di voci ricomprese tra le prestazioni di cui alla parte A).

Acquisiti i chiarimenti richiesti, la procedura è proseguita fino all'aggiudicazione in favore di Pierrestampa s.r.l.

2) In sintesi LCD s.r.l. ha dedotto nel ricorso principale:

- l'offerta della controinteressata era *ab origine* inammissibile perché formulata, con riferimento alle prestazioni della parte A), per "*scaglioni di pagine*" e non per singole pagine; l'offerta della predetta impresa, come riformulata dopo la richiesta di chiarimenti di ARSIA, è a sua volta inammissibile perché ha comportato una modifica del prezzo originariamente offerto, non consentita anche perché formulata "*a buste aperte*"; Pierrestampa s.r.l. andava dunque esclusa dalla gara;

- nella valutazione delle offerte economiche la stazione appaltante ha operato in modo irragionevole perché ha sommato aritmeticamente prezzi "*a misura*" e prezzi "*a corpo*", così favorendo i concorrenti che hanno offerto prezzi "*a corpo*" più bassi; con il risultato di privilegiare un'offerta che non era in realtà la più economicamente vantaggiosa.

3) A sua volta Pierrestampa s.r.l. ha dedotto nel ricorso incidentale che LCD s.r.l. non poteva essere ammessa alla procedura concorsuale

perché:

- ha omesso le dichiarazioni ex art. 38 del Codice dei contratti pubblici di due legali rappresentanti;
- il suo fatturato nel triennio 2006-2008 per servizi e forniture nel settore oggetto di gara non raggiunge la soglia richiesta dalla *lex specialis* (€ 400.000,00);
- contrariamente a quanto dichiarato, LCD s.r.l. intrattiene rapporti economici con concessionarie di pubblicità e gruppi editoriali: e ciò comporta l'insussistenza di un requisito di partecipazione alla gara.

4) Secondo il pacifico orientamento giurisprudenziale quando nel giudizio sia stato proposto, oltre al ricorso principale, anche un ricorso incidentale tendente a contestare la legittimazione attiva del ricorrente principale, il giudice amministrativo deve fondare l'ordine di priorità dell'esame attenendosi ai principi di economia processuale e di logicità, con la conseguenza che deve dare priorità a quello dei due che risulti decisivo per dirimere la controversia (tra le più recenti, cfr. TAR Lazio, Sez. I, 3 maggio 2010 n. 9132). Va richiamata al riguardo la sentenza 10 novembre 2008 n. 11, in cui l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha tra l'altro puntualmente esaminato (paragrafo 13.2.2) il caso in cui "*l'aggiudicatario di una gara - cui siano state ammesse almeno tre offerte - abbia dedotto l'illegittimità dell'atto che vi abbia ammesso il ricorrente principale*". La decisione citata ha ribadito la validità del consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui "*ove il ricorso incidentale vada accolto... l'impresa ricorrente principale... non può più essere annoverata tra i concorrenti alla gara e non può conseguire non solo*

l'aggiudicazione ma neppure la ripetizione della gara"; con la conseguenza che "il ricorso principale diventa dunque improcedibile per sopravvenuto difetto di legittimazione, poiché proposto da impresa che non può ottenere alcuna utilità". In tal caso "il ricorso incidentale costituisce una eccezione in senso tecnico, che, se accolta, preclude l'esame del ricorso principale".

La presente controversia riguarda una gara a cui hanno partecipato più di due concorrenti; il ricorso di LCD s.r.l. non investe la *lex specialis* di gara, ma punta esclusivamente a far cadere l'aggiudicazione in favore della controinteressata (con conseguente vantaggio per la parte attrice); per contro, con il ricorso incidentale si sostiene l'illegittimità dell'ammissione alla gara della ricorrente principale: la sua eventuale fondatezza comporterebbe, in sostanza, l'esclusione di LCD dalla procedura e dunque il suo sopravvenuto difetto di legittimazione attiva. Perciò il ricorso incidentale va esaminato con priorità.

5.1) Non sono ravvisabili le violazioni dell'art. 5 del capitolato speciale d'appalto e del Codice dei contratti pubblici prospettate nel primo motivo di ricorso incidentale con riferimento alle dichiarazioni (rese sulla scheda di rilevazione allegato B) dall'Amministratore delegato e legale rappresentante di LCD s.r.l.

Ai fini della partecipazione alla gara la lettera di invito si limitava a prescrivere la compilazione in tutte le sue parti della predetta scheda di rilevazione; l'art. 5 del capitolato, a sua volta, si limitava a indicare, tra i requisiti di carattere generale necessari per la partecipazione: "a) *non trovarsi in nessuna delle condizioni di esclusione della partecipazione alle gare*

previste dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006". La scheda di rilevazione, poi, non conteneva indicazioni puntuali circa la necessità che le dichiarazioni richieste (con specifico riferimento ai requisiti di partecipazione di cui al paragrafo 2) dovessero essere rese personalmente da tutti gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza; al contrario la nota 1 induceva a ritenere sufficiente la dichiarazione resa dal solo sottoscrittore della scheda. In tale quadro la dichiarazione sottoscritta dalla sig.ra Chiara Galli risulta correttamente resa anche per gli altri amministratori ai sensi dell'art. 47 comma 2 del D.P.R. n. 445/2000.

5.2) L'art. 6 del capitolato speciale d'appalto prescriveva, quale requisito di capacità economica e finanziaria, un fatturato relativo a servizi o forniture nel settore oggetto di gara realizzati nell'ultimo triennio (2006-2008) non inferiore a € 400.000,00 al netto dell'IVA. LCD s.r.l. ha dichiarato un importo complessivo di € 887.377,00; nel ricorso incidentale si sostiene però che buona parte di tale fatturato riguarda servizi estranei all'oggetto di gara.

Oggetto di gara sono servizi connessi con la realizzazione di prodotti editoriali e di strumenti di comunicazione istituzionale. La controinteressata contesta la rilevanza dei servizi dichiarati dalla ricorrente con riferimento alla loro riconducibilità alle tipologie di prestazioni da fornire ad ARSIA; la censura appare però infondata. Ad avviso del Collegio, infatti, tutti i servizi contestati da Pierrestampa s.r.l. sono riferibili al settore editoriale e della comunicazione, così come i servizi richiesti dalla stazione appaltante;

il capitolato speciale d'appalto, d'altra parte, parla di "*immagine coordinata*" (oggetto dei contratti di LCD s.r.l. con RTI/Mediaset e con B&C Speakers) e la progettazione e produzione di video (per la stessa RTI/Mediaset e per la Provincia di Firenze) sono assimilabili alle "*prestazioni multimediali*" previste da ARSIA; anche le progettazioni e realizzazioni per il web, infine, appaiono riconducibili al settore oggetto di gara. In sostanza, i servizi dichiarati da LCD s.r.l. sono idonei a dimostrare il possesso, da parte della predetta società, della richiesta capacità economica e finanziaria; una diversa, più restrittiva lettura del requisito richiesto risulterebbe non proporzionata rispetto alla finalità perseguita dall'art. 6 del capitolato speciale d'appalto e confliggente, altresì, con il principio del *favor participationis*.

5.3) Tra la documentazione presentata da LCD s.r.l. ai fini della partecipazione alla gara figura la dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante e datata 23/10/2009 relativa alla circostanza che la predetta società "*non procaccia affari e non intrattiene alcun tipo di rapporto economico con concessionarie di pubblicità, Centri Media o Gruppi editoriali*".

Nel ricorso incidentale si sostiene:

- che tale dichiarazione non è veritiera, avendo LCD prestato servizi in favore di RTI/Mediaset s.p.a. e di DADA s.p.a., operatori economici sicuramente rientranti nelle categorie indicate nella dichiarazione di cui sopra;
- che conseguentemente la ricorrente principale doveva essere esclusa dalla gara sia perché non in possesso di un requisito di partecipazione, sia per avere reso una dichiarazione falsa.

Nella *lex specialis* di gara si fa riferimento alla dichiarazione in questione nell'art. 9 "*Garanzie*" del capitolato speciale d'appalto che, al secondo comma, prevede: "*La Ditta/Società aggiudicataria dovrà garantire in una dichiarazione scritta (dichiarazione n. 3 allegata al presente capitolato speciale d'appalto) di non procacciare affari per concessionarie di pubblicità, Centri Media o Gruppi editoriali*". In proposito si osserva:

- la previsione è riferita al solo soggetto aggiudicatario e non a caso i motivi di non ammissione e di esclusione dalla gara previsti dalla lettera di invito e dal capitolato non fanno riferimento alla dichiarazione di cui sopra;
- a norma del citato art. 9 la garanzia richiesta dalla stazione appaltante riguarda solo la circostanza che l'aggiudicataria non procacci affari per terzi soggetti, mentre il modello di dichiarazione allegato al capitolato contiene una formulazione decisamente più ampia;
- in tale quadro la dichiarazione in questione e il suo contenuto non assumono rilievo decisivo ai fini dell'ammissione alla gara dei concorrenti, tenuto anche conto che i profili di pretesa non veridicità evidenziati nel ricorso incidentale vanno comunque valutati alla luce della non coincidente formulazione dell'art. 9 e del testo della dichiarazione (e della conseguente incertezza nella disciplina di gara) e che pertanto non potevano condurre alla esclusione di LCD s.r.l. dalla procedura concorsuale.

5.4) In relazione a quanto sopra il ricorso incidentale risulta infondato per i profili appena esaminati, rispetto ai quali non merita

accoglimento.

6.1) Va ora esaminato il ricorso principale, il cui primo motivo riguarda le modalità di formulazione dell'offerta economica presentata da Pierrestampa s.r.l. In proposito si osserva:

- le censure riguardano unicamente l'offerta economica relativa alle prestazioni di cui alla parte A), *"da rendere a misura, quindi formulata presentando un listino prezzi unitari, al netto dell'IVA, corrispondenti alle voci di costo elencate nell'allegato 2"*, come precisato dall'art. 10 del capitolato speciale d'appalto; ad esempio, per la prima delle voci considerate (*"Editing e cura redazionale dei testi"*) il modulo di offerta distingueva *"fino a 20 pagine - da 21 a 50 pagine - da 51 a 100 pagine - oltre 100 pagine"*;

- per tale voce (così come per le altre descritte nell'allegato in modo analogo) LCD s.r.l. ha formulato un'offerta per pagina; Pierrestampa s.r.l. ha invece formulato un'offerta complessiva per scaglione; in sostanza sono pervenute ad ARSIA offerte formulate con valori disomogenei e ciò ha indotto la stazione appaltante ad inviare ai concorrenti la richiesta di chiarimenti datata 27/11/2009 affinché fossero specificati i prezzi unitari, cioè *"a pagina"*.

6.2) La ricorrente deduce, in primo luogo, che le indicazioni contenute nel capitolato con riferimento alla unitarietà dei prezzi dovevano essere intese come relative ai prezzi *"a pagina"*; non avendo dunque osservato le indicazioni della disciplina di gara, la controinteressata doveva essere esclusa dalla procedura. Il Collegio è di diverso avviso; le disposizioni del capitolato sul punto controverso non presentano affatto quel carattere chiaro e inequivoco che LCD

pretende di attribuire loro (oltretutto solo alcune delle prestazioni di cui alla parte A) erano "*a misura*", mentre altre erano "*a corpo*"); manca, in particolare, una espressa richiesta di formulare prezzi "*a pagina*" (per le voci in cui ciò era possibile): in tale incerto quadro non sussistevano i presupposti per far luogo all'esclusione dei concorrenti (5 su 8, dunque non solo Pierrestampa) che avevano formulato l'offerta in modo diverso.

6.3) Sotto un secondo profilo LCD s.r.l. deduce che la controinteressata, riscontrando la richiesta di chiarimenti di ARSIA e riformulando la propria offerta mediante l'indicazione di prezzi "*a pagina*", ha modificato in corso di gara l'offerta stessa: non essendo ciò ammissibile, la predetta andava dunque esclusa dalla gara. Ad avviso del Collegio questa censura è fondata.

Anche a ritenere condivisibile la disaggregazione relativa ad alcune voci di costo (operata, ad esempio, per quanto riguarda la voce "*Editing... - fino a 20 pagine*", dividendo per il numero di pagine l'importo complessivo originariamente offerto: cioè € 180,00: 20 = € 9,00), per altre voci l'offerta per pagina risulta quantificata in modo arbitrario, perché non giustificato, quantomeno, da valori originari idonei a fornire un adeguato supporto aritmetico; e ciò porta a configurare quella inammissibile modifica dell'offerta contestata nel ricorso. Ciò vale, in particolare:

- per la voce "*Editing... - oltre 100 pagine*", in cui si passa da un importo complessivo di € 950,00 a un prezzo per pagina di € 5,00;
- per la voce "*Impaginazione grafica dei testi... - oltre 100 pagine*", in cui si

passa da un importo complessivo di € 1.600,00 a un prezzo per pagina di € 9,00;

- per la voce "*Uscita laser delle pagine...*" (numero delle pagine non definito) in cui si passa da un importo complessivo di € 350,00 a un importo per pagina di € 3,50;

- per la voce "*Menabò per la tipografia... - oltre 100 pagine*" in cui si passa da un importo complessivo di € 200,00 a un importo per pagina di € 1,00;

- per la voce "*Montaggio foto...*" (numero delle pagine non definito) in cui si passa da un importo complessivo di € 150,00 a un prezzo per pagina di € 1,50.

Le difese di ARSIA non bastano per superare l'illegittimità riscontrata; in particolare:

a) pur trattandosi di una procedura in economia ex art. 125 del Codice dei contratti pubblici, la gara doveva comunque osservare, tra gli altri, i principi di trasparenza e parità di trattamento; principi che risultano violati essendo stato consentito alla controinteressata (e forse anche ad altri concorrenti) di apportare, in corso di procedura, sostanziali modifiche all'offerta originariamente formulata, che hanno poi contribuito a garantirle l'aggiudicazione dell'appalto;

b) è suggestiva, ma non convincente l'affermazione secondo cui l'esito conclusivo, favorevole a Pierrestampa, non sarebbe cambiato se la stazione appaltante avesse direttamente proceduto a rendere omogenee le offerte, senza richiedere chiarimenti ai concorrenti, avendo la predetta società comunque presentato un'offerta

economica ben più vantaggiosa della ricorrente per le voci "a corpo"; quanto più sopra evidenziato circa l'arbitrarietà della riformulazione dei prezzi relativi ad alcune voci, operata dalla stessa Pierrestampa, pregiudica infatti anche per la stazione appaltante la possibilità di rendere omogenee le offerte originariamente pervenute.

Quanto alle difese della controinteressata si osserva:

c) non era necessaria l'impugnazione della richiesta di chiarimenti formulata dalla stazione appaltante il 27/11/2009, trattandosi di atto endoprocedimentale di per sé non lesivo per la ricorrente;

d) è irrilevante che le buste siano state aperte non in presenza dei concorrenti: a gara in corso è comunque inammissibile ogni modificazione delle offerte;

e) per quanto riguarda il preteso difetto di interesse all'impugnazione da parte di LCD s.r.l. in quanto la sua offerta era comunque meno vantaggiosa di quella di Pierrestampa s.r.l., valgono le considerazioni svolte sub b) con riferimento alle analoghe tesi difensive di ARSIA.

6.4) La censura esaminata al punto precedente risulta dunque fondata e ciò determina l'accoglimento del ricorso, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione impugnata (e senza necessità di procedere all'esame delle ulteriori censure, che si riferiscono ad una fase procedimentale successiva, riguardante la valutazione delle offerte economiche e l'attribuzione dei relativi punteggi).

7) Nel suo ricorso incidentale Pierrestampa s.r.l. ha formulato "*in via incidentale subordinata e condizionata nella denegata ipotesi di accoglimento del ricorso principale e di rigetto di quello incidentale*" domanda di annullamento

del capitolato speciale d'appalto nella parte in cui (art. 1 ultimo periodo) "*contiene indicazioni poco chiare in merito ai criteri di formulazione dell'offerta economica*"; ed ha conseguentemente chiesto il risarcimento del "*danno subito per aver dato corso all'esecuzione dell'appalto e per l'affidamento ingenerato dai provvedimenti che ha assunto legittimi*".

L'azione di annullamento di cui sopra (l'interesse alla quale è correlato esclusivamente alla domanda risarcitoria) è fondata; valgono in proposito le argomentazioni svolte sub 6.2) e 6.3). In sostanza, nella procedura oggetto della presente controversia la non puntuale formulazione della *lex specialis* ha indotto, prima, i concorrenti a presentare offerte non omogenee, poi la stazione appaltante a intervenire in corso di gara per rimediare a tale carenza e assicurare la comparabilità delle offerte: risultato peraltro impossibile da raggiungere se non apportando modifiche, peraltro non consentite, alle offerte stesse.

Quanto alla pretesa risarcitoria, essa va invece dichiarata inammissibile perché formulata in termini del tutto generici.

8) Con i motivi aggiunti depositati il 9/8/2010 LCD s.r.l. ha chiesto al TAR:

- a) di dichiarare l'inefficacia del contratto stipulato tra le controparti il 28/5/2010 e avente durata di anni due a decorrere da tale data;
- b) di aggiudicare l'appalto alla medesima ricorrente ovvero, in subordine, di dichiararne il subentro nel contratto stipulato.

A sostegno delle sue domande LCD ha richiamato gli artt. 245-bis e ss. del D.Lgs n. 163/2006 (poi riformulati dall'art. 3 comma 19

dell'allegato 4 al D.Lgs. 2 luglio 2010 n. 104 di approvazione del codice del processo amministrativo); disposizioni oggi trasfuse negli artt. 121 ss. del medesimo codice. In proposito si osserva:

- gli artt. 121 e 122 attribuiscono al giudice che annulla l'aggiudicazione il potere di dichiarare l'inefficacia del contratto e distinguono i "*casi di gravi violazioni*" (in cui la conseguenza dell'inefficacia costituisce la regola, salvo eccezioni) dagli "*altri casi*" (in cui la decisione circa l'inefficacia è rimessa alla valutazione del giudice stesso);

- il contratto di cui si discute è stato stipulato a distanza di nove giorni dal provvedimento (il decreto dirigenziale n. 139 del 19/5/2010) con cui l'appalto in questione è stato aggiudicato definitivamente a Pierrestampa s.r.l.; in relazione a ciò la ricorrente sostiene che è rimasto inosservato il termine dilatorio (di 35 giorni) stabilito dall'art. 11 comma 10 del codice dei contratti pubblici e che ciò integra un caso di grave violazione ex art. 245-bis comma 1 lett. c) del codice predetto (ora art. 121 comma 1 lett. c) del codice del processo amministrativo);

- il Collegio ritiene che siano applicabili anche alle procedure di affidamento mediante cottimo fiduciario le disposizioni di cui al citato art. 11 comma 10, che a sua volta richiama l'art. 79 del codice dei contratti pubblici, riguardante gli obblighi informativi che gravano sulle stazioni appaltanti in ordine all'esito dei procedimenti di aggiudicazione degli appalti; l'art. 125 comma 11 (applicato nel caso in esame) assoggetta le procedure di affidamento mediante cottimo

fiduciario relativamente a servizi e forniture al rispetto, tra gli altri, del principio di trasparenza, mentre il comma 14 assoggetta tutti i procedimenti di acquisizione di prestazioni in economia al rispetto "*dei principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal presente codice, dal regolamento*"; gli obblighi ex art. 79 appaiono riconducibili al principio di trasparenza (oltre che a quello di pubblicità enunciato, come il primo, dall'art. 2 del codice dei contratti pubblici); inoltre (e più in particolare) dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 53/2010 l'obbligo di comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva ex art. 79 comma 5 lett. a) e la clausola *standstill* cui al citato (e novellato) art. 11 comma 10 sono funzionali a garantire la tempestività e dunque l'efficacia dell'esercizio del diritto di agire in giudizio da parte dei concorrenti che si ritengono ingiustamente pregiudicati dall'esito della gara; e poiché tale obiettivo è privilegiato dall'ordinamento nazionale ed europeo rispetto alla celerità nella conclusione del contratto, appare logico ritenere che tanto i menzionati obblighi informativi ex art. 79 quanto la clausola *standstill* ex art. 11 comma 10 sono applicabili anche al cottimo fiduciario, perché finalizzati ad assicurare l'effettività di un principio fondamentale e generale nel settore dei contratti pubblici, che oltretutto non attiene specificamente alle modalità di svolgimento della procedura di affidamento, a cui fa riferimento il comma 11 dell'art. 125;

- nel caso di cui si controverte è indubbio che la clausola in questione è rimasta inosservata e ciò ha privato il ricorrente della possibilità di

proporre ricorso a questo TAR prima della stipulazione del contratto: il che ha influito sulla possibilità per LCD di ottenere l'affidamento del servizio (se non immediatamente, all'esito di una procedura rinnovata in modo corretto), a fronte di una aggiudicazione definitiva che è risultata illegittima perché viziata sotto i profili precedentemente evidenziati sub 6.3);

- risulta quindi concretata la fattispecie di cui all'art. 121 comma 1 lett. c) del codice del processo amministrativo; conseguentemente questo Tribunale, dopo aver annullato l'aggiudicazione definitiva impugnata, deve dichiarare l'inefficacia del contratto stipulato tra ARSIA e Pierrestampa S.r.l. in data 28/5/2010 (prot. n. 0004030 del 31/5/2010), non ravvisandosi (e non essendo neppure state prospettate) esigenze di segno contrario, ai sensi del comma 2 del citato art. 121 (e risultando irrilevante il richiamo contenuto nella memoria conclusiva della controinteressata, a pretese ragioni di urgenza, genericamente affermate, che giustificerebbero l'inosservanza della clausola *standstill*);

- in base al disposto dell'art. 121 comma 1 il giudice deve stabilire "*se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva*"; tale potere va esercitato "*in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto*"; per pronunciare sul punto il Collegio ritiene decisivo sottolineare: che, come precedentemente evidenziato, nella procedura oggetto della presente controversia la non puntuale formulazione della *lex specialis*

ha indotto, prima, i concorrenti a presentare offerte non omogenee, poi la stazione appaltante a intervenire in corso di gara per rimediare a tale carenza e assicurare la comparabilità delle offerte: risultato peraltro impossibile da raggiungere se non apportando modifiche, peraltro non consentite, alle offerte stesse; che in una situazione di tal genere ARSIA avrebbe dovuto agire in autotutela, annullando la procedura in corso e avviandone una nuova, invece di insistere per portare a termine una procedura irrimediabilmente viziata; che ciò induce a dichiarare l'inefficacia del contratto con effetto *ex tunc*;

- sulla base di quanto appena rilevato circa l'illegittima condotta tenuta della stazione appaltante nella gestione della procedura si deve poi evidenziare che dall'annullamento dell'aggiudicazione impugnata e dalla declaratoria di inefficacia del contratto successivamente stipulato non consegue per la società ricorrente l'aggiudicazione richiesta (ovvero il subentro nel rapporto contrattuale), ma la sola *chance* di partecipare ad una procedura rinnovata; la domanda formulata da LCD con i motivi aggiunti, espressamente finalizzata ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto e/o il subentro nel contratto, non può dunque essere accolta.

9) Per completezza è opportuno accennare alla circostanza che nei motivi aggiunti la ricorrente principale si è espressamente riservata di formulare la domanda di risarcimento del danno "*nella denegata ipotesi in cui questo Tribunale non dichiarasse l'inefficacia del contratto*". Nella memoria depositata il 14/10/2010, peraltro, tale domanda risulta avanzata e quantificata nella misura del 12% dell'importo dell'appalto.

Detta richiesta è stata proposta con atto non notificato: essa non può pertanto essere neppure presa in considerazione (a prescindere da ogni valutazione in ordine alla sua ammissibilità).

10) In conclusione:

a) va accolta, nei sensi indicati in motivazione, l'azione impugnatoria proposta con il ricorso principale e va conseguentemente annullato il provvedimento originariamente impugnato;

b) il contratto nel frattempo stipulato tra le controparti va dichiarato inefficace con effetto *ex tunc*;

c) vanno respinte le domande contenute nei motivi aggiunti finalizzate all'aggiudicazione dell'appalto in favore della ricorrente e/o al subentro nel contratto;

d) il ricorso incidentale presentato da Pierrestampa s.r.l.:

- va respinto nella parte in cui impugna la mancata esclusione di LCD s.r.l. dalla gara di cui si tratta;

- va accolto nella parte in cui impugna l'art. 1 ultimo periodo del capitolato speciale d'appalto, che va conseguentemente annullato;

- va dichiarato inammissibile limitatamente alla domanda di risarcimento del danno proposta "*in via incidentale subordinata e condizionata*";

In relazione all'esito del giudizio ARSIA va condannata al pagamento, in favore di LCD s.r.l., delle spese del giudizio nella misura complessiva di € 6.000,00 oltre agli accessori di legge; con integrale compensazione nei rapporti tra la ricorrente principale e Pierrestampa S.r.l. e tra quest'ultima e la stazione appaltante.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando:

- a) accoglie, nei sensi e con gli effetti indicati in motivazione, l'azione impugnatoria proposta con il ricorso principale e conseguentemente annulla il provvedimento di aggiudicazione originariamente impugnato;
- b) dichiara inefficace con effetto retroattivo il contratto stipulato tra ARSIA e Pierrestampa s.r.l. in data 28/5/2010 (prot. n. 0004030 del 31/5/2010);
- c) respinge le domande contenute nei motivi aggiunti finalizzate all'aggiudicazione dell'appalto in favore della ricorrente e/o al subentro nel contratto;
- d) respinge l'azione impugnatoria proposta con il ricorso incidentale da Pierrestampa s.r.l. contro la mancata esclusione di LCD s.r.l. dalla gara di cui si tratta;
- e) accoglie l'azione impugnatoria proposta nel medesimo ricorso incidentale contro l'art. 1 ultimo periodo del capitolato speciale d'appalto, che va conseguentemente annullato;
- f) dichiara inammissibile la domanda di risarcimento del danno proposta nel medesimo ricorso incidentale "*in via incidentale subordinata e condizionata*";
- g) condanna ARSIA al pagamento, in favore di LCD s.r.l., delle spese del giudizio nella misura complessiva di € 6.000,00 (seimila/00) oltre a CPA e IVA; compensa integralmente le spese nei rapporti tra la ricorrente principale e Pierrestampa S.r.l. e tra quest'ultima e la

stazione appaltante.

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

Così deciso in Firenze nelle camere di consiglio dei giorni 20 ottobre e 3 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Papiano, Presidente

Carlo Testori, Consigliere, Estensore

Fabrizio D'Alessandri, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/11/2010

IL SEGRETARIO

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