



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 Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6597 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla:

società Circolo Casetta Bianca Ss.d.r.l., in persona del legale rapp.te p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Alessandro Bianconi e Paolo Giovannelli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Paolo Giovannelli, in Roma, via Sabotino n. 2/A;

contro

Comune di Anguillara Sabazia, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Loredana Tulino, con domicilio eletto presso lo studio della stessa, in Roma, via Stresa n.53;

nei confronti di

Forum Sport Center Ss.d.s.r.l., in persona del legale rapp.te p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Luca Perticone, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso, in Roma, via Cosseria n. 5;

società Athena Club Bracciano, in persona del legale rapp.te p.t., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

a) quanto al ricorso introduttivo:

- del provvedimento del Comune di Anguillara Sabazia di cui alla nota n. 1067 del 25.6.2010, avente ad oggetto l'esito della gara per l'affidamento del servizio di gestione e custodia della piscina comunale;

- dell'aggiudicazione provvisoria e di quella definitiva e del contratto di affidamento eventualmente stipulato;

- della lettera di invito di cui alla nota prot. n. 14920 del 15.6.2010;

e per il risarcimento dei danni consequenziali;

b) quanto ai motivi aggiunti:

- dei verbali relativi alle sedute della commissione del 21.6.2010, 24.6.2010 e del 25.6.2010;

- della convenzione sottoscritta tra le parti in data 5.7.2010;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Anguillara Sabazia e della società Forum Sport Center Ss.d.s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 febbraio 2011 il cons. Maria Cristina Quiligotti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Anguillara Sabazia, con la nota di cui al prot. n. 14920 del 15.6.2010, ha invitato la società ricorrente, la società Forum Sport Center Ss.d.s.r.l e la società Athena Club Bracciano a partecipare alla procedura per l'affidamento del servizio di custodia e gestione della piscina comunale per il periodo 1.7.2010-31.8.2010 (ed al massimo fino al 15.9.2010 nell'eventualità che le condizioni metereologiche siano favorevoli), da aggiudicarsi con cottimo fiduciario ai sensi articolo 125, lett. b), del d.lgs. n. 163 del 2006.

In data 21.6.2010 si è proceduto all'apertura delle buste il 22.6.2010 e con la successiva comunicazione del 24.6.2010 le partecipanti alla gara sono state convocate presso gli uffici comunali, ove, nel corso della riunione, è stata rappresentata la necessità di un intervento di manutenzione straordinaria ai fini dell'attivazione della piscina con una spesa quantificata in euro 10.000,00-11.000,00, da porsi a carico dell'affidataria, con conseguente invito alla formulazione da parte di queste di un'offerta integrativa.

Nel corso della riunione la società Athena non ha dato seguito rinunciando pertanto alla gara; la società ricorrente ha invece confermato l'impegno a sostenere la spesa aggiuntiva e la società Forum Sport Center Ss.d.s.r.l non solo avrebbe dichiarato la propria disponibilità al riguardo, ma anche avrebbe formulato un'offerta in precedenza non resa ed avrebbe altresì indicato alcuni nuovi

interventi migliorativi.

All'esito della gara è risultata aggiudicataria in data 25.6.2010 la società controinteressata Forum Sport Center s.s.d.s.r.l..

La società ricorrente, avuta contezza dell'esito della gara, ha inoltrato al comune, congiuntamente all'istanza di accesso alla documentazione amministrativa, un'istanza di revoca in autotutela del provvedimento di aggiudicazione alla controinteressata in quanto ritenuto affetto da molteplici profili di illegittimità.

Nell'inerzia dell'amministrazione, la ricorrente, con il ricorso introduttivo, ha impugnato tutti gli atti della procedura, deducendone l'illegittimità per i seguenti motivi di censura:

1. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, erroneità nei presupposti, ingiustizia manifesta e per violazione della *lex specialis* di gara.

La società aggiudicataria della gara in realtà avrebbe dovuto essere esclusa in quanto, come emerso già nella seduta del 21.6.2010 in cui si è proceduto all'apertura delle buste, ha presentato una domanda di partecipazione secondo il modello A), allegato alla lettera di invito (e richiesto a pena di esclusione), risultato incompleto in quanto mancante, al punto n. 3, delle giustificazioni dei prezzi, e, al punto n. 5, delle indicazioni in cifre ed in lettere dell'importo a base di gara, nonché degli (eventuali) interventi migliorativi.

2. Violazione e falsa applicazione degli articoli 38, 75 e 75 del D.P.R. n. 445 del 2000 ed eccesso di potere per violazione della *lex specialis* di gara.

La domanda di partecipazione sarebbe stata corredata di una mendace dichiarazione sull'effettuazione del sopralluogo, che era stata prevista a pena di esclusione, da ritenersi non surrogabile con la mera presa visione della società, attesa la mancanza in atti del relativo verbale del personale comunale addetto.

3. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, erroneità nei presupposti, ingiustizia manifesta e per violazione del principio di trasparenza e di *par condicio* tra i partecipanti alla gara.

Nella riunione del 25.6.2010 la controinteressata avrebbe proceduto ad una illegittima integrazione della propria domanda di partecipazione (in quanto effettuata dopo che la stessa aveva avuto piena conoscenza del contenuto delle offerte presentate in sede di gara da parte delle altre partecipanti), precisando che, oltre alle macchinette, avrebbe provveduto alla installazione e gestione di un punto di ristoro.

4. Violazione e falsa applicazione degli articoli 83 e 79 del D.Lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per travisamento dei fatti, erroneità nei presupposti, ingiustizia manifesta.

La scelta dell'aggiudicatario da parte dell'amministrazione sarebbe stata, in concreto, effettuata, come emerge dalla comunicazione dell'esito della gara, esclusivamente sulla base del prezzo, e non invece sulla base degli altri criteri, quali le proposte migliorative del servizio ed il programma delle attività che avrebbero dovuto svolgersi e sulle quali manca qualsiasi riferimento.

5. Violazione e falsa applicazione dell'articolo 11 del D.Lgs. n. 163 del

2006.

Con il decreto cautelare n. 3391/2010 del 22.7.2010 è stata respinta l'istanza di sospensione dell'esecutività dei provvedimenti impugnati.

La controinteressata Forum Sport Center s.s.d.s.r.l. si è costituita in giudizio con la memoria dell'1.9.2010 con la quale ha dedotto l'infondatezza nel merito del ricorso, per il principio della massima partecipazione alle gare, in quanto il modello A), sebbene privo dell'indicazione dell'importo offerto, era tuttavia corredato da un assegno di euro 3.500,00, che dovrebbe ritenersi parte integrante dell'offerta, come accertato in sede di verbale della commissione del 22.1.2010, rilevando altresì che, in realtà, il sopralluogo sarebbe stato effettuato alla presenza del sindaco in data 16.6.2010, e che la produzione del relativo verbale non sarebbe stata richiesta a pena di esclusione nella lettera di invito.

Si è costituito in giudizio anche il comune in data 2.9.2010, depositando memoria e documenti allegati, con la quale ha, a sua volta, dedotto l'infondatezza nel merito del ricorso del quale ha conseguentemente chiesto il rigetto.

Con il ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 18.10.2010, la società ricorrente ha impugnato tutti i verbali relativi alle sedute della commissione del 21.6.2010, 24.6.2010 e del 25.6.2010 nonché la convenzione sottoscritta tra le parti in data 5.7.2010.

Ne ha dedotto l'illegittimità in via derivata arricchendo i motivi di censura alla luce della documentazione depositata dalle parti in vista della c.c. del 2.9.2010.

Con al memoria del 30.12.2010 la ricorrente, quindi, ha insistito per l'accoglimento del ricorso.

Con la memoria del 25.1.2011 il comune si è riportato ai precedenti scritti difensivi, insistendo, a sua volta, per il rigetto del ricorso.

Alla pubblica udienza del 2.2.2011 il ricorso è stato trattenuto per la decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da separato verbale di causa.

DIRITTO

Il ricorso è fondato sotto l'assorbente primo motivo di censura.

La nota di cui al prot. n. 14920 del 15.6.2010, avente ad oggetto la lettera di invito alla procedura di cui trattasi, alla lett. d), "Termine di presentazione delle domande di partecipazione", prevede testualmente che "Le offerte, a pena di esclusione, dovranno essere presentate secondo le seguenti modalità:

1. *L'offerta dovrà essere presentata compilando esclusivamente lo schema di offerta e dichiarazioni predisposto da questo Ente (Modello "A") ed inviato in allegato alla presente, compilandolo in ogni sua parte. ...".*

Dall'esame della copia del modello "A" presentato da parte della società Forum, depositato in copia agli atti in allegato al ricorso introduttivo, è possibile verificare come, nel testo dello stesso, manchi qualsiasi indicazione relativamente sia al punto 3, concernente la giustificazione dei prezzi, che al punto 5, concernente l'offerta con riferimento al suo importo (in cifre ed in lettere) e agli interventi migliorativi proposti, atteso che i relativi spazi appaiono indubitabilmente vuoti.

Alla domanda era stato allegato un assegno, non datato se non nell'indicazione dell'anno 2010, dell'importo di euro 3.500,00, intestato al Comune di Anguillare Sabazia ed a firma del rappresentante della società Forum.

Come emerge dal tenore testuale del verbale della seduta della commissione del 22.6.2010 è stato ritenuto in quella sede che la società Forum “seppur compilato il modello A, ha omesso l'indicazione in cifre ed in lettere dell'offerta, allegando un assegno di euro 3.500,00. La commissione vista l'offerta e ritenendo che la società ha interpretato il punto 1 della lettera D del bando il termine “inviato” riferito all'offerta materiale e non al modello A, decide all'unanimità di ammettere la società”.

Non si ritiene che, tuttavia, la interpretazione avallata da parte della commissione di gara possa essere condivisa; ed infatti il tenore della richiamata disposizione della lettera di invito, come in precedenza riportata, è assolutamente chiaro tanto nel suo significato, quanto nelle relative conseguenze.

E' il modello che deve essere inviato in allegato alla lettera di invito compilato in ogni sua parte e non invece l'offerta intesa autonomamente e distintamente dal modello; pertanto, le offerte dovevano essere presentate, a pena di esclusione, compilando esclusivamente il modello A allegato che doveva essere, altresì, completo in tutte le sue parti.

E' evidente che la esplicita comminatoria dell'esclusione, essendo stata apposta all'inizio del periodo di cui al punto d) della lettera

d'invito, si riferisce a tutte le modalità ivi prescritte, e quindi sia alla necessaria presentazione dell'offerta esclusivamente con il modello allegato, sia alla compilazione integrale dello stesso.

E, per quanto in precedenza esposto, non sussiste alcun dubbio in ordine alla circostanza che il punto 5 del modello in questione, relativo all'indicazione dell'importo dell'offerta presentata (in cifre ed in lettere), non sia stato compilato secondo le necessarie indicazioni fornite dall'amministrazione appaltante; considerata la specifica e puntuale comminatoria dell'esclusione dalla gara, non si ritiene, infatti, che il detto adempimento potesse essere surrogato, in punto di fatto, dall'allegazione di un assegno sottoscritto dalla interessata ed emesso in favore dell'amministrazione comunale per un determinato importo.

Secondo un principio assolutamente consolidato nella materia, infatti, l'amministrazione non può discostarsi da una regola contenuta nella *lex specialis* della procedura che essa stessa ha disposto; e nemmeno può interpretare la detta disposizione in modo palesemente contrario al suo chiaro tenore testuale.

E la circostanza che la gara indetta dal comune per l'affidamento del servizio sia stata esperita con il sistema del cottimo fiduciario e, quindi, con il ricorso ad una procedura semplificata, non toglie che vadano comunque rispettate le norme di carattere generale che regolano e disciplinano i rapporti tra i privati e la pubblica amministrazione; in particolare, l'amministrazione che vi fa ricorso può imporre regole di comportamento previste nella lettera invito che

vanno conseguentemente rispettate.

Ne consegue che la società Forum doveva essere esclusa dalla gara per avere formulato un'offerta non conforme a quanto richiesto a pena di esclusione nella lettera di invito.

Né si ritiene, per le medesime considerazioni, che la dedotta mancanza potesse essere sopperita da una successiva integrazione dell'offerta nel corso della procedura.

In tal senso non assume alcuna efficacia sanante quanto dedotto nella nota della società Forum di cui al prot. n. 16033 del 25.6.2010, in copia agli atti, con la quale “ad integrazione della ... precedente offerta”, la stessa ha formulato “la seguente nuova offerta ...3. offerta economica favore dell'amministrazione comunale per euro 3.500. Inoltre, relativamente al ristoro, precisiamo che, oltre alle macchinette distributrici automatiche, sarà installato e gestito un angolo bar per la vendita delle bibite, gelati ecc. ...”.

Per le assorbenti considerazioni che precedono il ricorso deve essere accolto nella detta parte siccome fondato nel merito.

Con il ricorso introduttivo la società ricorrente ha altresì richiesto la declaratoria dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato, nonché la condanna dell'amministrazione comunale al risarcimento in proprio favore “in forma specifica o per equivalente nella misura che verrà determinata in corso di causa o nella misura maggiore o minore ritenuta di giustizia, oltre interessi e rivalutazione come per legge”.

Con il ricorso per motivi aggiunti, dato atto dell'intervenuta integrale esecuzione del contratto nelle more della trattazione nel merito del

ricorso, la ricorrente ha rinunciato alla richiesta di declaratoria di inefficacia del contratto ed ha, invece, insistito ai fini del risarcimento del danno per equivalente “da quantificarsi in corso di causa”, con comminatoria, altresì, delle misure sanzionatorie alternative di cui all’articolo 123 c.p.a. nella misura prossima ivi prevista.

Quindi, con l’ultima memoria la ricorrente ha precisato di non avere nulla da pretendere a titolo di lucro cessante (attesa l’esiguità dell’importo dell’appalto in questione) ed ha concentrato la sua richiesta sul cd. danno curriculare (atteso che il suo interesse alla partecipazione alla gara era prevalentemente quello di acquisire requisiti ai fini della partecipazione ad altre gare) del quale ha chiesto la liquidazione in via equitativa; ha, altresì, insistito per la condanna dell’amministrazione al pagamento delle sanzioni alternative di cui all’articolo 123 c.p.a. nella misura massima e delle spese di lite nonché alla refusione del contributo unificato.

Quanto alla domanda risarcitoria valgono le considerazioni che seguono.

In punto di fatto nel presente giudizio è stato accertato che è stata illegittimamente ammessa in gara una società terza e che, se tale offerta fosse stata esclusa, l’aggiudicazione sarebbe stata effettuata in favore della ricorrente in quanto unica altra partecipante alla procedura; peraltro, essendo stato il relativo contratto già stipulato e in stato di esecuzione al momento di presentazione del ricorso (ed interamente eseguito nelle more del giudizio), l’interesse dell’impresa ricorrente non può essere soddisfatto mediante il subentro nel

contratto, ma solo mediante il risarcimento per equivalente.

Atteso che, con l'ultima memoria, la ricorrente ha dichiarato di non avere nulla a pretendere a titolo di lucro cessante, non si ritiene di doversi pronunciare sul mancato utile o sulle spese di partecipazione alla procedura; la questione risarcitoria, in sostanza, viene a concentrarsi esclusivamente sul cd. danno curriculare espressamente richiesto sebbene non quantificato nel suo importo presuntivo.

Il cd. danno curriculare è il danno conseguente alla impossibilità di utilizzare le referenze derivanti dall'esecuzione dell'appalto in discorso nell'ambito di futuri ed eventuali procedimenti di gara ai quali la società ricorrente potrebbe partecipare; ossia il danno derivante dal mancato incremento del fatturato derivante dalle commesse eseguite che l'aggiudicazione dell'appalto avrebbe comportato.

Ed infatti l'interesse alla vittoria di un appalto, nella vita di un'impresa, va, invero, ben oltre l'interesse all'esecuzione dell'opera in sé, e al relativo incasso; alla mancata esecuzione di un'opera appaltata si ricollegano, infatti, indiretti nocuenti all'immagine della società ed al suo radicamento nel mercato, per non dire del potenziamento di imprese concorrenti che operino su medesimo *target* di mercato (T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 4 giugno 2010, n. 2069).

In linea di massima, allora, deve ammettersi che l'impresa illegittimamente privata dell'esecuzione di un appalto possa rivendicare a titolo di lucro cessante anche la perdita della possibilità di arricchire il proprio *curriculum* professionale (Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751; analogamente, Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo

2009, n. 1180; Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144; Cons. Stato, Sez. V, 23 luglio 2009, n. 4594; TAR Sicilia, Catania, Sez. IV, 7 gennaio 2010, n. 3); tale danno viene generalmente rapportato, in via equitativa, a valori percentuali compresi fra l'1% e il 5% dell'importo globale dell'appalto da aggiudicare, depurato del ribasso offerto.

Al riguardo si rileva che, in sede di risarcimento dei danni derivanti dalla mancata aggiudicazione di una gara di appalto, è onere dell'interessato richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento del c.d. danno curriculare, in astratto risarcibile, e fornirne adeguatamente la relativa prova (Consiglio di Stato, sez. VI, 21 settembre 2010, n. 7004); pertanto l'onere di fornire la prova del danno ricade integralmente sull'interessato.

Ed infatti, sotto il profilo probatorio, ai sensi degli articoli 2697 c.c. e 115 c.p.c., applicabili anche al processo amministrativo (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 7 ottobre 2009, n. 6118), incombe sul danneggiato l'onere di fornire la prova del danno, del nesso di causalità, e dell'attribuibilità psicologica al soggetto agente (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1038; Cass. civile, Sez. I, 15 febbraio 2008, n. 3794).

La voce di danno in questione, pertanto, sebbene suscettibile di apprezzamento in via equitativa, esige, in ogni caso, l'allegazione, da parte del soggetto interessato, di tutti gli elementi atti a concretizzarla, onde evitare che la relativa quantificazione giudiziaria si risolva nel riconoscimento di un ristoro eccedente quello necessario alla compensazione patrimoniale del pregiudizio effettivamente subito:

elementi relativi, ad esempio, al peso delle referenze correlate all'esecuzione dell'appalto in questione nell'ambito di quelle complessivamente maturate dalle società interessate, onde apprezzare la misura in cui l'impossibilità di allegare le prime incida, in futuro, sulle *chances* di aggiudicazione di ulteriori appalti (T.A.R. Campania, Salerno, n. 203/2008).

Si ritiene che, invece, nella fattispecie all'esame sia mancata proprio l'allegazione dei detti fatti, avendo, peraltro, dato atto la difesa della ricorrente che, atteso anche il breve termine di espletamento del servizio messo a gara, nel detto periodo non sono venuti in essere altri bandi aventi il medesimo od analogo oggetto da parte di altre amministrazioni pubbliche.

Ne consegue che non si ritiene di potere dare seguito alla dedotta richiesta risarcitoria.

Per quanto attiene, poi, la richiesta di condanna dell'amministrazione al pagamento della sanzione alternativa nella misura massima di legge, valgono le considerazioni di cui di seguito.

L'articolo 123 c.p.a., rubricato "Sanzioni alternative", dispone testualmente che "1. *Nei casi di cui all'articolo 121, comma 4, il giudice amministrativo individua le seguenti sanzioni alternative da applicare alternativamente o cumulativamente:*

a) la sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante, di importo dallo 0,5% al 5% del valore del contratto, inteso come prezzo di aggiudicazione, che è versata all'entrata del bilancio dello Stato - con imputazione al capitolo 2301, capo 8 "Mulle, ammende e sanzioni amministrative inflitte dalle autorità"

giudiziarie ed amministrative, con esclusione di quelle aventi natura tributaria" - entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che irroga sanzione; decorso il termine per il versamento, si applica una maggiorazione pari ad un decimo della sanzione per ogni semestre di ritardo. La sentenza che applica le sanzioni e' comunicata, a cura della segreteria, al Ministero dell'economia e delle finanze entro cinque giorni dalla pubblicazione;

b) la riduzione della durata del contratto, ove possibile, da un minimo del dieci per cento ad un massimo del cinquanta per cento della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo.

2. Il giudice amministrativo applica le sanzioni assicurando il rispetto del principio del contraddittorio e ne determina la misura in modo che siano effettive, dissuasive, proporzionate al valore del contratto, alla gravita' della condotta della stazione appaltante e all'opera svolta dalla stazione appaltante per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione. A tal fine si applica l'articolo 73, comma 3. In ogni caso l'eventuale condanna al risarcimento dei danni non costituisce sanzione alternativa e si cumula con le sanzioni alternative.

3. Il giudice applica le sanzioni di cui al comma 1 anche qualora il contratto e' stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito per la stipulazione del contratto, ovvero e' stato stipulato senza rispettare la sospensione della stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, quando la violazione non abbia privato il ricorrente della possibilita' di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non abbia influito sulle possibilita' del ricorrente di ottenere l'affidamento.”.

L'articolo 121 cp.a., rubricato “Inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni”, dispone a sua volta che “1. Il giudice che annulla

l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi, precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva: ...

c) se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'articolo 11, comma 10, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento;

d) se il contratto è stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'articolo 11, comma 10-ter, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento. ...

4. Nei casi in cui, nonostante le violazioni, il contratto sia considerato efficace o l'inefficacia sia temporalmente limitata si applicano le sanzioni alternative di cui all'articolo 123.”.

Il richiamato articolo 11 del DE. Lgs. n. 163 del 2006, rubricato “Fasi delle procedure di affidamento”, dispone a sua volta che “... 10. Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'articolo 79. ...

10-ter. *Se e' proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, il contratto non puo' essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 14, comma 4, del codice del processo amministrativo, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.*

11. *Il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori.*

12. *L'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante o l'ente aggiudicatore ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste dal regolamento.*

13. *Il contratto è stipulato mediante atto pubblico notarile, o mediante forma pubblica amministrativa a cura dell'ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero mediante scrittura privata, nonché in forma elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante. ”.*

L'articolo 79 del D.L.gs. n. 163 del 2006, infine, dispone che “5. In

ogni caso l'amministrazione comunica di ufficio:

a) l'aggiudicazione definitiva, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare dette impugnazioni, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se dette impugnazioni non siano state ancora respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva; ...”.

5-bis. Le comunicazioni di cui al comma 5 sono fatte per iscritto, con lettera raccomandata con avviso di ricevimento o mediante notificazione o mediante posta elettronica certificata ovvero mediante fax, se l'utilizzo di quest'ultimo mezzo è espressamente autorizzato dal concorrente, al domicilio eletto o all'indirizzo di posta elettronica o al numero di fax indicato dal destinatario in sede di candidatura o di offerta. Nel caso di invio a mezzo posta o notificazione, dell'avvenuta spedizione è data contestualmente notizia al destinatario mediante fax o posta elettronica, anche non certificata, al numero di fax ovvero all'indirizzo di posta elettronica indicati in sede di candidatura o di offerta. La comunicazione è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lettera c), e fatta salva l'applicazione del comma 4; l'onere può essere assolto nei casi di cui al comma 5, lettere a), b), e b-bis), mediante l'invio dei verbali di gara, e, nel caso di cui al comma 5, lettera b-ter), mediante richiamo alla motivazione relativa al provvedimento di aggiudicazione definitiva, se già inviata. La comunicazione dell'aggiudicazione definitiva e quella della stipulazione, e la notizia della spedizione sono, rispettivamente, spedita e

comunicata nello stesso giorno a tutti i destinatari, salva l'oggettiva impossibilita' di rispettare tale contestualita' a causa dell'elevato numero di destinatari, della difficolta' di reperimento degli indirizzi, dell'impossibilita' di recapito della posta elettronica o del fax a taluno dei destinatari, o altro impedimento oggettivo e comprovato.

5-ter. Le comunicazioni di cui al comma 5, lettere a) e b), indicano la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto. ...”.

La violazione della clausola di *stand still*, di cui all'articolo 11, comma 10, del D.Lgs. n. 163 del 2006, in sé considerata, e cioè senza che concorrano vizi propri dell'aggiudicazione, non comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o l'inefficacia del contratto, potendo rilevare ai fini della valutazione delle responsabilità, anche risarcitorie, conseguenti ad una illegittima aggiudicazione (cfr. *ex multis*, T.A.R. Calabria Reggio Calabria, sez. I, 20 ottobre 2010, n. 942 e T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 14 luglio 2010, n. 16776); tuttavia, dall'esame della normativa in materia in precedenza testualmente richiamata, si ricava che l'applicazione delle sanzioni di cui al comma 1 dell'articolo 123 si ha anche qualora il contratto sia stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito per la stipulazione del contratto, ovvero e' stato stipulato senza rispettare la sospensione della stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, quando la violazione non abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

Ai fini dell'applicazione delle sanzioni alternative, pertanto, ciò che rileva è unicamente il mancato rispetto del termine dilatorio in questione.

Si tratta, tuttavia, in via preliminare di verificare se il termine dilatorio in questione si applichi anche nelle ipotesi riconducibili al cottimo fiduciario (come nella fattispecie all'esame).

Al riguardo si premette che la disciplina quadro per le acquisizioni in economia è dettata dall'articolo 125 del D. Lgs. n. 163 del 2006 che detta regole comuni per i lavori, i servizi e le forniture; tali disposizioni sostituiscono quelle contenute nelle fonti normative anteriori con applicazione generalizzata a tutte le stazioni appaltanti soggette alle prescrizioni del codice dei contratti pubblici

Il cottimo fiduciario non può essere ricondotto ad una semplice attività negoziale priva di rilevanza pubblicistica, giacché le regole procedurali, anche minime, che ai sensi dell'articolo 125 l'amministrazione deve applicare per concludere validamente il relativo contratto, implicano il rispetto dei principi generali di imparzialità, correttezza, logicità, coerenza della motivazione; il cottimo fiduciario, ai sensi del comma 4 dell'articolo 125, ha, pertanto, natura di procedura negoziata ai sensi dell'articolo 57 del medesimo D. Lgs.

Tale procedura è derogatoria rispetto a quella ordinaria e, in mancanza di un esplicito richiamo da parte di atti regolamentari interni non sono, quindi, applicabili le disposizioni di dettaglio stabilite per le procedure ordinarie.

In sostanza il cottimo fiduciario è una procedura negoziata la quale, ancorché procedimentalizzata, non esige l'osservanza di tutte le regole tipiche dell'evidenza pubblica comunitaria; tuttavia, pur trattandosi di una procedura in economia, la gara deve, comunque, osservare, tra gli altri, i principi di trasparenza e parità di trattamento (Cons. St., sez. VI, 6 luglio 2006 , n. 4295).

Ed infatti l'articolo 125, comma 11, prevede che "*Per servizi o forniture di importo pari o superiore a ventimila euro e fino alle soglie di cui al comma 9, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. ...*".

Il ricorso a tale modalità di scelta del contraente può essere motivato dalla stazione appaltante con riferimento alla sussistenza di ragioni di effettiva urgenza di provvedere a tale affidamento.

Tanto premesso, si tratta ora di verificare, appunto, se il termine dilatorio per la stipulazione del contratto si applichi anche nel caso della procedura di cottimo.

Si ritiene di dovere dare risposta positiva.

Ed infatti lo prevede sia la lettera della norma sia, soprattutto, la *ratio* dello *stand still*.

Come, infatti, è stato recentemente rilevato le disposizioni in tema di dilazione obbligatoria nella stipulazione dei contratti pubblici, di cui all'articolo 11, comma 10, del D.lgs. n. 163 del 2006, 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, sono applicabili anche alle procedure di affidamento mediante cottimo fiduciario in quanto l'obbligo di comunicare l'aggiudicazione definitiva e la clausola *standstill* sono riconducibili al principio di trasparenza che, in base all'articolo 125, comma 11, del medesimo decreto deve trovare applicazione anche in dette procedure (T.A.R. Toscana Firenze, sez. I, 10 novembre 2010, n. 6570); inoltre il comma 14 assoggetta tutti 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 di cui all'articolo 79 appaiono riconducibili al principio di trasparenza (oltre che a quello di pubblicità enunciato, come il primo, dall'articolo 2); inoltre (e più in particolare) dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 53 del 2010 l'obbligo di comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva di cui all'articolo 79, comma 5, lett. a), e la clausola *standstill* cui al citato (e novellato) articolo 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 ritengano 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 di cui all'articolo 79, quanto la clausola *standstill* di cui

all'articolo 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'articolo 125 (T.A.R. Toscana Firenze, sez. I, 10 novembre 2010, n. 6570).

Nel caso di specie risulta, in punto di fatto, dall'esame della documentazione depositata in atti che la commissione ha aggiudicato provvisoriamente la gara di cui trattasi nella seduta del 25.6.2010 e che, con la determinazione dirigenziale del n. 862 del 5.7.2010, sono stati approvati i verbali della commissione e si è provveduto all'aggiudicazione definitiva, mentre la convenzione è stata sottoscritta in pari data; la gara, peraltro, aveva ad oggetto il servizio di gestione e custodia della piscina comunale limitatamente al periodo 1.7.2010-31.8.2010 (prorogabile al massimo, a seconda delle condizioni meteorologiche al 15.9.2010).

E' indubbio, pertanto, che la clausola in questione sia rimasta inosservata e ciò ha privato il ricorrente della possibilità di proporre ricorso a questo T.A.R. prima della stipulazione del contratto.

Tuttavia risulta rilevante, nel caso di specie, il richiamo contenuto nella memoria conclusiva dell'amministrazione alle pretese ragioni di urgenza che giustificerebbero l'inosservanza della clausola *standstill*.

Ed infatti, come in precedenza ricordato, l'aggiudicazione definitiva e la stipulazione della convenzione sono intervenute nella medesima

data, ossia il 5.7.2010, in quanto il servizio di cui trattasi avrebbe dovuto avere esecuzione nella sola stagione estiva (dal 1.7.2010 al 31.8.2010) avendo ad oggetto la custodia e la gestione della piscina comunale.

Sono, pertanto, evidenti le ragioni di urgenza che hanno indotto l'amministrazione a saltare la fase delle comunicazioni di cui all'articolo 79 ed a provvedere all'immediata stipulazione del contratto e contestuale esecuzione dello stesso, senza previamente rispettare il termine dilatorio in questione.

Ne consegue che non si ritiene che sussistano nel caso di specie, per le ragioni di cui in precedenza, i presupposti per l'applicazione delle sanzioni alternative di cui all'articolo 123.

Sul punto è sufficiente il richiamo al disposto di cui al comma 9 dell'articolo 11 il quale dispone testualmente che “ ... *L'esecuzione di urgenza di cui al presente comma non è consentita durante il termine dilatorio di cui al comma 10 e durante il periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto previsto dal comma 10-ter, salvo che nelle procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari.*”.

Attesa la ritenuta fondatezza nel merito del ricorso nella parte concernente l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva della gara di cui trattasi, con riferimento al primo assorbente motivo di censura, si ritiene che, in osservanza alla regola secondo cui le spese seguono la

soccombenza, l'amministrazione va condannata al pagamento delle spese del presente giudizio in favore della società ricorrente, nella misura indicata nel dispositivo; per la medesima considerazione, inoltre, facendo seguito alla richiesta della ricorrente, l'amministrazione deve, altresì, rifonderle quanto corrisposto a titolo di contributo unificato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sez. II ter, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo accoglie e per l'effetto annulla l'impugnato provvedimento di aggiudicazione e, per la parte che residua, lo respinge.

Condanna l'amministrazione resistente al pagamento in favore della ricorrente delle spese del giudizio che si liquidano in complessivi euro 2.000,00, oltre IVA e CPA.

Contributo unificato refuso.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Francesco Riccio, Consigliere

Maria Cristina Quiligotti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/04/2011

IL SEGRETARIO

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