



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 della Campania**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1979 del 2011, proposto da:  
Mi Group S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t. Francesco Ascolese, in proprio e n.q. di mandante della costituenda A.T.I. “Associazione Difesa Partenope - Mi Group S.r.l.”, rappresentata e difesa dall'avv. Marcello Fortunato, con il quale elettivamente domicilia in Napoli, via Duomo n. 61, presso lo studio dell'avv. Biagio Matera;

***contro***

Ministero della Difesa, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, presso cui per legge domicilia in Napoli, via Diaz n. 11;

***nei confronti di***

Flegrea Beach Service soc. coop., in persona del legale rappresentante p.t. Avallone Tania, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avv. Innocenzo Calabrese e Giuseppe Picozzi, con i quali elettivamente domicilia in Napoli, corso Novara n. 43 presso gli avv. Marcello Pipola e Bruno Cervone;

***per l'annullamento***

a- della lettera n. M\_DE 24465/00826, Cod. Id. Segr.C.Te ind. 6, 16 datata 17.01.2011, con la quale il C.M.E. "Campania" ha disposto l'esclusione nei confronti dell'A.T.I. ricorrente; b - ove adottato, del provvedimento di aggiudicazione definitiva e di qualsiasi ulteriore atto adottato; c - di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali;

per la declaratoria dell'inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto nelle more della proposizione del ricorso o successivamente;

nonché per il risarcimento di tutti i danni comunque connessi all'illegittima adozione dei provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa e della società cooperativa Flegrea Beach Service;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nella camera di consiglio del giorno 11 maggio 2011 la

relazione del dott. Francesco Guarracino e uditi i difensori delle parti presenti come specificato nel verbale di udienza;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

La ricorrente MI. Group s.r.l. partecipava, quale mandante di una costituenda associazione temporanea di imprese di tipo orizzontale con la Associazione Difesa Partenope, ad una licitazione privata indetta ai sensi dell'art. 89 r.d. 23 maggio 1924, n. 827, dal Comando Militare Esercito "Campania" per l'affidamento in concessione, all'offerta economicamente più vantaggiosa, della gestione dei servizi ed attività del Circolo ricreativo dipendenti difesa – Stabilimento balneare di Capo Miseno per l'anno 2011, con possibilità di rinnovo di anno in anno per un massimo di tre anni, ed all'esito della procedura di valutazione delle offerte conseguiva il miglior punteggio finale.

Con nota prot. MDE 2444465/00826 del 17 gennaio 2011, il Comandante del Comando Militare Esercito "Campania" restituiva gli atti alla commissione di gara ritenendo che l'offerta dell'a.t.i. non fosse ammissibile, perché l'associazione concorrente non rientrava tra la tipologia di soggetti che ai sensi degli artt. 34 e 37 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, possono costituire raggruppamenti temporanei di imprese ed inoltre perché essa si era costituita in a.t.i. con una ditta non invitata alla gara, disponendo perciò che la commissione

procedesse alla valutazione delle offerte «con esclusione di quella presentata dalla Associazione “Difesa Partenope” associata in A.T.I. con la srl MI\_GROUP SERVICE non invitata a concorrere».

In data 19 gennaio 2011, alla presenza, tra gli altri, del legale rappresentante della Associazione Difesa Partenope, era comunicato ai concorrenti – giusta “verbale di comunicazione di esito di gara”, agli atti del presente processo – l’esito della procedura, che vedeva la ditta Flegrea Beach conseguire il punteggio più alto e «la Associazione Difesa Partenope non ammessa alla gara perché presentatasi in a.t.i. con la ditta Mi-Group Service non invitata a partecipare da questa amministrazione».

La MI. Group s.r.l. ha impugnato il provvedimento con cui il Comandante ha ordinato al seggio di gara («codesta Commissione dovrà procedere...») di disporre l’esclusione dell’offerta presentata con la Associazione Difesa Partenope, onde ottenerne l’annullamento, previa sospensione cautelare, con declaratoria della inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto nelle more e risarcimento del danno.

Si sono costituiti in giudizio, producendo memorie difensive e documenti, il Ministero della Difesa e l’aggiudicataria società cooperativa Flegrea Beach Service.

Alla camera di consiglio dell’11 maggio 2011, avvertite le parti, la causa è stata assunta in decisione anche ai fini di una sua eventuale definizione con sentenza in forma semplificata.

Debbono preliminarmente disattendersi le eccezioni di tardività del ricorso, di carenza di interesse ad agire e di omessa impugnazione del provvedimento di aggiudicazione e della convenzione, nelle more stipulata, che sono state singolarmente o concordemente formulate dai soggetti resistenti.

Il ricorso è tempestivo, non essendo stata data prova che esso sia stato proposto decorso il termine di decadenza a far data dalla conoscenza, da parte della ricorrente, del provvedimento impugnato. In particolare, il dies a quo non può essere fatto decorrere dal giorno della comunicazione dell'esito della gara, poiché in quella sede risulta essere stato presente soltanto il legale rappresentante della Associazione Difesa Partenope, non ancora munito di mandato con rappresentanza della MI Group s.r.l., trattandosi di raggruppamento ancora costituendo, e neppure dalla data di rilascio della copia conforme della lettera del Comandante militare, non risultando agli atti di causa che il rilascio sia avvenuto in favore della stessa ricorrente, anziché della Associazione Difesa Partenope che ben potrebbe averla fatta avere solo successivamente, ed anche con notevole ritardo, alla ricorrente.

La legittimazione e l'interesse a ricorrere della MI Group derivano dalla sua partecipazione alla gara in costituenda a.t.i. con la Associazione Difesa Partenope e non sono revocabili in dubbio, secondo il principio, riconosciuto ormai pacificamente, secondo cui ciascuno dei soggetti del raggruppamento può autonomamente

ricorrere alle corti di giustizia in difesa del proprio interesse al corretto espletamento della procedura. La circostanza che la MI Group non fosse stata invitata alla gara, cui fa richiamo la difesa erariale per sostenere la sua eccezione, attiene, piuttosto, al merito del ricorso, essendo la ragione su cui si fonda l'impugnato provvedimento di esclusione.

Ancora, non essendovi prova che la ricorrente fosse a conoscenza del verbale del 19 gennaio 2011 da cui emerge quale nuovo aggiudicatario la Flegrea Beach Service, in precedenza seconda graduata, non può sostenersi che la MI Group, non impugnando tale aggiudicazione, abbia inteso prestarvi acquiescenza; il provvedimento lesivo della posizione giuridica della ricorrente consiste nella decisione di escludere dalla gara il suo raggruppamento, che ne era risultato aggiudicatario (cfr. verbale del 5 gennaio 2011), ed essa costituisce nei suoi confronti non già un mero atto endoprocedimentale, bensì il provvedimento finale e conclusivo della procedura, direttamente ed autonomamente lesivo, che è in rapporto di presupposizione - consequenzialità immediato, diretto e necessario con la successiva aggiudicazione in favore della ditta concorrente con il secondo miglior punteggio.

Quanto, infine, all'avvenuta stipulazione della concessione, la ricorrente ha espressamente chiesto la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente concluso.

Nel merito deve osservarsi quanto segue.

Erroneamente l'amministrazione ha assunto a motivo di esclusione il fatto che, a prescindere dalla circostanza che la mandante MI Group non era stata invitata alla gara (il che costituisce il secondo profilo di esclusione), la Associazione Difesa Partenope (invitata, viceversa, a partecipare alla gara) non sarebbe potuta rientrare tra i soggetti che gli artt. 34 e 37 del d.lgs. 163/06 ammettono a concorrere alle gare anche in forma associata.

Al riguardo, occorre rammentare che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, qualora soggetti che non perseguono finalità di lucro siano autorizzati a offrire taluni servizi sul mercato (e, nel caso di specie, l'affidamento in concessione del servizio de quo ad organizzazioni costituite tra il personale dipendente è espressamente contemplata dall'art. 465 del DPR 15 marzo 2010, n. 90, su si tornerà tra breve), la normativa nazionale che recepisce la direttiva 2004/18 nel diritto interno non può vietare loro di partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici aventi ad oggetto la prestazione degli stessi servizi (C.Giust., sez. IV, sentenza 23 dicembre 2009, causa C 305/08).

L'interpretazione della Corte è vincolante e della stessa, pertanto, occorre tener conto nella lettura del d.lgs. 163/06, che delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE costituisce attuazione, e quindi anche, per ciò che qui interessa, degli artt. 34 e 37 del d.lgs. 163/06, invocati dalla stessa amministrazione nel provvedimento impugnato per sostenere che, in base soltanto alla sua forma giuridica (cioè, non in

ragione dell'attività che ad essa è consentito svolgere), alla Associazione in questione fosse precluso riunirsi in a.t.i.

Ne consegue la fondatezza dei due primi motivi di ricorso, con i quali, deducendo violazione dei richiamati articoli del d.lgs. 163/06, nonché dell'art. 4 della dir. 2004/18/CE, la ricorrente ha appunto sostenuto che, in mancanza di qualsiasi limite o divieto, le associazioni non solo possono partecipare alle gare, ma anche riunirsi in a.t.i. e che la mera forma giuridica del concorrente non può costituire valida causa di esclusione dalle stesse.

Quanto al secondo motivo di esclusione, esso forma oggetto di contestazione ad opera del terzo ed ultimo motivo di ricorso, con cui la ricorrente afferma la legittimità della partecipazione alla gara di un raggruppamento tra un operatore economico invitato alla stessa ed uno non invitato, traendo argomento dalla previsione dell'art. 37, co. 12, d.lgs. 163/06, secondo il quale, anche in caso di procedure ristrette, l'operatore economico invitato individualmente ha la facoltà di presentare offerta quale mandatario di operatori riuniti.

Alla doglianza l'amministrazione resistente oppone l'asserita inapplicabilità, alla procedura per cui è causa, della direttiva 2004/18/CE (perché non si verterebbe di contratto a titolo oneroso e perché, comunque, si tratterebbe di affidamento sotto soglia) e, a sua volta, la controinteressata ha obiettato che in base al DPR 384/01 sul procedimento di spese in economia e al DPR 167/06 sulla concessione di servizi in economia l'amministrazione

disporrebbe di un ampio potere discrezionale nella scelta dei requisiti dell'offerente che, nel caso di specie, avrebbe esercitando optando per avere un unico interlocutore, non consentendo neppure il subappalto.

La soluzione della questione richiede un sintetico richiamo alle fonti normative applicabili.

La gara in esame è stata bandita dal Comando Militare esercito "Campania" per l'affidamento in concessione della gestione dei servizi e delle attività dell'Organismo di Protezione Sociale (OPS) denominato Circolo Ricreativo Dipendenti Difesa (CRDD).

Gli organismi di protezione sociale denominati circoli ricreativi dipendenti della Difesa hanno, ai sensi dell'art. 465 del DPR 15 marzo 2010, n. 90 (Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare), la finalità di costituire comunità sociali presso enti, reparti e stabilimenti con prevalente presenza di personale civile in servizio, stimolando e rafforzando attraverso attività sociali, ricreative, culturali, sportive e di assistenza, eventualmente anche con servizi alloggiativi, di ristorazione e di balneazione, lo spirito di partecipazione alla funzione istituzionale delle Forze armate.

La gestione di tali organismi, ove non avvenga in via diretta, può essere affidata in concessione a organizzazioni costituite tra il personale dipendente, ovvero a enti o terzi (art. 465, co. 3, DPR cit.), ai sensi dell'art. 547 del d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (Codice

dell'ordinamento militare) e delle norme regolamentari contenute nell'art. 473 dello stesso DPR 90/2010.

In particolare, il secondo comma dell'art. 547 del d.lgs. n. 66 del 2010 stabilisce che per l'esercizio delle attività connesse con gli interventi di protezione sociale l'amministrazione della difesa provvede mediante affidamento in concessione «previo esperimento di indagini comparative secondo le procedure in economia applicabili alla Difesa e con le modalità che sono stabilite con il regolamento, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze», mentre l'art. 473 del DPR 90 del 2010 (che costituisce il regolamento) concerne unicamente la deliberazione ed il contenuto del provvedimento di affidamento in concessione.

Alla luce di ciò, ed in difetto di norme sopravvenute, le procedure in economia applicabili alla Difesa sono tuttora quelle regolate dagli artt. 14 e 15 del D.P.R. 21 febbraio 2006, n. 167 (Regolamento per l'amministrazione e la contabilità degli organismi della Difesa), che di tale provvedimento costituiscono le uniche disposizioni fatte salve dalla abrogazione, per il resto, disposta dall'art. 2269, comma 1, n. 370, del d.lgs. n. 66 del 2010 cit.; in particolare, le indagini comparative ivi previste (applicabili, per il rinvio operato dal citato art. 547 d.lgs. 66/2010, anche all'affidamento in concessione della gestione di servizi ed attività dei circoli ricreativi) sono quelle di cui all'art. 15 comma 4 lett. a), vale a dire esperimento di una gara informale con richiesta di preventivi ad almeno cinque ditte ed

acquisizione di almeno tre preventivi, tra i quali, salvo taluni casi (prestazione che debba essere conforme a specifici disciplinari tecnici, oppure riferita a nota specialità), la scelta può essere effettuata sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con disciplina che non si discosta significativamente, almeno nelle sue grandi linee, da quella contenuta nel regolamento sui procedimenti di spese in economia dettato dal DPR 20 agosto 2001, n. 384 per i servizi e le forniture in economia di tutte le pubbliche amministrazioni statali.

Ne consegue - tenuto anche conto che gli appalti della Difesa sottratti al diritto comunitario ed al diritto comune sono quelli specificamente individuati negli artt. 16 e 17 d.lgs. 163/06, in base agli artt. 10, 14 e 57 dir. 2004/18/CE e all'art. 21 dir. 2004/17/CE - che nessuna disposizione autorizza a concludere che il procedimento in questione di individuazione del concessionario possa derogare ai principi desumibili dal Trattato e ai principi generali relativi ai contratti pubblici, i quali trovano applicazione sia per gli appalti sotto soglia che, per quanto qui più specificamente interessa, alle concessioni di servizi.

Ora, la regola dettata per gli appalti, secondo cui anche i raggruppamenti di operatori economici sono autorizzati a presentare offerte o a candidarsi (art. 4 § 2 dir. 2004/17/CE), è espressione di un principio generale di apertura del mercato alla massima concorrenza che deve, appunto, ritenersi di comune applicazione,

ove non espressamente derogato: sicché, in disparte la questione (irrilevante ai fini del caso in esame) del se e quando una amministrazione aggiudicatrice possa legittimamente derogarvi, assume quindi decisivo rilievo, per la decisione della presente controversia, che la lettera di invito non proibisce di concorrere in associazione di imprese, ma unicamente di cedere o di subappaltare i servizi (a ciò soltanto riferendosi la lettera di invito, nell'art. 10 rubricato "subappalto", quando afferma che «per il presente affidamento, questo Comando intende avere un unico aggiudicatario interlocutore»).

Fondato, perciò, è anche il terzo motivo di ricorso.

Per tali ragioni, il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento, per l'effetto, della determinazione di esclusione della costituenda a.t.i. Associazione Difesa Partenope / MI group s.r.l. dalla gara.

Deve, altresì, accogliersi la domanda di declaratoria di inefficacia della convenzione, n. 20 del 7 aprile 2011, conclusa tra la stazione appaltante e la Flegrea Beach Service, con decorrenza dalla comunicazione o notificazione, se anteriore, della presente decisione.

Quanto alla domanda di risarcimento del danno connesso all'illegittima adozione dei provvedimenti impugnati, il pregiudizio, peraltro genericamente dedotto, resta assorbito dalla rinnovata possibilità che, al ripristino dell'aggiudicazione provvisoria in favore della ricorrente conseguente alla presente decisione e ricorrendone le

condizioni di legge, segua l'aggiudicazione definitiva in favore dell'a.t.i. della ricorrente e l'affidamento del servizio per il tempo previsto.

La novità delle questioni giustifica la compensazione delle spese di lite tra le parti, salvo il rimborso, da porsi a carico della amministrazione resistente, del contributo unificato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe (n. 1979/11), lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati e dichiara l'inefficacia della convenzione n. 20 del 7 aprile 2011 stipulata tra il Servizio Amministrativo del Comando Militare Esercito "Campania" e la società cooperativa Flegrea Beach Service. -----

Condanna il ministero della Difesa al rimborso del contributo unificato in favore della ricorrente MI Group s.r.l. e compensa per il resto le spese di giudizio. --

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 11 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Donadono, Presidente FF

Francesco Guarracino, Primo Referendario, Estensore

Michele Buonauro, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/05/2011

IL SEGRETARIO

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