

Come è noto, la direttiva 2007/66/CE (la nuova “direttiva ricorsi”, che modifica la direttiva 89/665/CEE) stabilisce il principio per cui, al fine di garantire l’effetto utile dell’accoglimento del ricorso, è lo stesso giudice investito della domanda impugnatoria a doversi pronunciare sulla sorte del contratto (ovviamente nei limiti in cui il vizio del contratto discenda dall’annullamento dell’aggiudicazione), non tollerando il diritto comunitario ritardi nella tutela effettiva del ricorrente vittorioso.

E come è altrettanto noto, il legislatore nazionale, conferendo al Governo la delega per il recepimento della direttiva, ha espressamente indicato fra i criteri e i principi direttivi quello per cui il o i decreti delegati dovranno “...h) recepire gli articoli 2, paragrafo 7, 2-quinquies, 2-sexies e 3-bis della direttiva 89/665/CEE e gli articoli 2, paragrafo 6, 2-quinquies, 2-sexies e 3-bis della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, nell’ambito di una giurisdizione esclusiva e di merito, con i seguenti criteri:

- 1) prevedere la privazione di effetti del contratto nei casi di cui all’articolo 2-quinquies, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 89/665/CEE e all’articolo 2-quinquies, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 92/13/CEE, con le deroghe e i temperamenti ivi previsti, lasciando al giudice che annulla l’aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti retroattiva o limitata alle prestazioni da eseguire;
- 2) nel caso di cui all’articolo 2-sexies, paragrafo 1, della direttiva 89/665/CEE e all’articolo 2-sexies, paragrafo 1, della direttiva 92/13/CEE, lasciare al giudice che annulla l’aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, e sanzioni alternative;
- 3) fuori dei casi di cui ai numeri 1) e 2), lasciare al giudice che annulla l’aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, ovvero risarcimento per equivalente del danno subito e comprovato;
- 4) disciplinare le sanzioni alternative fissando i limiti minimi e massimi delle stesse” (art. 44, comma 3, let. h), della L. n. 88/2009).

Anche de iure condendo, quindi, si può concludere per la sussistenza della giurisdizione esclusiva del G.A. sulla sorte del contratto medio tempore stipulato, laddove lo stesso G.A. abbia annullato l’aggiudicazione.

Ciò detto, in conseguenza dell’annullamento dell’aggiudicazione, il contratto medio tempore stipulato fra il Comune intimato e la controinteressata va dichiarato inefficace (secondo un orientamento del Consiglio di Stato che si è andato affermando nel tempo, anche se non universalmente condiviso dalla restante giurisprudenza).

nasce la necessità che il giudice che si occupa della procedura di gara deve anche esaminare la questione relativa alla sorte del contratto che sia stato eventualmente stipulato nelle more, ciò sempre che il ricorrente abbia proposto la domanda di reintegrazione in forma specifica. Questa tesi, paradossalmente, trova conforto proprio in una decisione delle Sezioni Unite (7 novembre 2008, n. 26790 , in cui si afferma testualmente che “...nessun giudice può condannare la P.A. ad un facere specifico, salvo il caso della reintegrazione in forma specifica di cui all’art. 35 del D.Lgs. n. 80/1998, come sostituito dall’art. 7 della L. n. 205/2000...”);

la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è limitata al segmento che si apre con l’indizione della gara e si conclude con l’aggiudicazione definitiva (salvo i casi di autotutela esercitata in un momento successivo, ma incidente sugli atti della procedura)

L'ambito di cognizione del G.A., però, è circoscritto dalla domanda di parte ricorrente, nel senso che, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, il ricorso può essere limitato alla sola tutela di un interesse legittimo (ad esempio, in materia di concessioni amministrative, il concessionario impugna il provvedimento con cui si dispone la revoca della concessione. Questa azione va proposta entro il termine decadenziale decorrente dalla notifica o dalla piena conoscenza dell'atto e la pronuncia del giudice, se favorevole, implicherà l'annullamento del provvedimento per uno o più dei tre vizi classici);

- in materia di appalti, quindi, l'impresa ricorrente può limitarsi a chiedere solo l'annullamento dell'aggiudicazione e non anche la reintegrazione in forma specifica o quella per equivalente (tutelando quindi solo l'interesse legittimo a che la gara non venga aggiudicata ad un concorrente immeritevole). In questo caso, il giudice, in sede di cognizione, non deve occuparsi della sorte del contratto eventualmente stipulato (per cui la situazione è assimilabile a ciò che si verifica quando la pronuncia annullatoria interviene prima della stipula);
- ma se al contrario l'azione impugnatoria è fondata e sia stata chiesta anche la reintegrazione in forma specifica (e quindi il ricorrente intende tutelare anche il suo diritto soggettivo ad essere dichiarato aggiudicatario), allora il giudice deve necessariamente occuparsi del contratto eventualmente stipulato, in quanto il diritto del ricorrente vittorioso non può trovare effettiva realizzazione finché rimane in vita il contratto. A questo proposito, si deve dare atto dell'esistenza di tesi dottrinali di segno contrario (per le quali il giudice amministrativo non deve mai occuparsi della questione quando questa è oggetto specifico della domanda, ossia principaliter, il che, però, non escluderebbe il potere di pronunciarsi sulla domanda di reintegrazione per equivalente - e sul punto nulla quaestio - o in forma specifica - e al riguardo sorgono i problemi più rilevanti).

In realtà, la premessa di qualsivoglia tentativo teso ad approdare alla migliore soluzione possibile è quello di chiarire la prospettiva da cui si guarda al complesso fenomeno dei contratti pubblici.

Se infatti ci si muove in un'ottica "tradizionale" (in cui il contratto di appalto pubblico, una volta stipulato ed approvato, è un contratto a tutti gli effetti, per cui vive di vita propria), la soluzione della Corte di Cassazione sembra naturalmente inattaccabile.

Se invece si esamina più a fondo la questione, ci si accorge che:

- innanzitutto, nel diritto privato (salvo i casi di collegamento funzionale e tenendo ovviamente conto delle questioni legate alla rappresentanza) non esiste nulla di paragonabile alla procedura ad evidenza pubblica che precede la stipula del contratto, la quale non ha rilievo meramente interno alla P.A., come accade nel diritto privato per gli atti delle persone giuridiche, ma è finalizzata proprio a tutelare l'interesse del Mercato (specie nelle gare di rilievo comunitario, ma non solo);

- in secondo luogo (e qui si pone il problema principale), non appare condivisibile l'orientamento dell'Adunanza Plenaria a proposito dell'inammissibilità di un'azione di adempimento nel processo amministrativo. In effetti, una volta che il giudice amministrativo è chiamato a verificare il rispetto delle regole della gara (sia quelle formali, che vengono di solito in rilievo nella fase di ammissione dei concorrenti, sia quelle di natura sostanziale, che vengono invece in evidenza nel momento in cui si vanno a valutare le offerte), ne consegue che l'indagine può sfociare nelle più disparate soluzioni, tutte egualmente ammissibili;

se si tratta di gara da aggiudicare con criterio aritmetico, la sentenza può (e deve) individuare il legittimo aggiudicatario o, quantomeno, indirizzare in maniera inequivoca la fase di esecuzione che segue di necessità la conclusione del giudizio impugnatorio;

b) ma anche nel caso di appalti da affidare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa l'esito può essere analogo, allorché il ricorso investa profili afferenti il merito tecnico dell'offerta che siano però verificabili oggettivamente oppure quando le censure investano la corretta applicazione di regole procedurali o, infine, quando la controversia riguardi il sub-procedimento di verifica dell'anomalia o l'accertamento di situazioni di collegamento sostanziale (TAR Lecce, III, citata sentenza n. 530/2008);

c) viceversa, il giudice può approdare alla convinzione che, nonostante l'accoglimento delle censure formulate dall'impresa ricorrente, l'esito finale rimane incerto. In questo caso, l'unica misura è quella

dell'annullamento della gara, con conseguente obbligo della P.A. di ripetere la procedura attenendosi ai principi enunciati nella sentenza (TAR Lecce, III, citata sentenza n. 492/2009);

- ma allora non si comprende perché al giudice sarebbe precluso di condannare la P.A. all'adozione di un atto avente uno specifico contenuto. Che questo si chiami azione di adempimento o reintegrazione in forma specifica poco importa (anche perché la dottrina e la giurisprudenza civilistiche ammettono la reintegrazione in forma specifica pure in ambito contrattuale - Cass., Sez. II, n. 14599/2004);

Per quanto concerne la domanda risarcitoria, il Tribunale ritiene che essa meriti accoglimento, in quanto:

- l'aggiudicazione, come detto supra, era illegittima, per cui la ricorrente è stata ingiustamente privata del bene della vita per il periodo che va dall'affidamento dell'appalto ad **CONTROINTERESSATA** al momento in cui il Comune darà esecuzione alla presente sentenza;

- sussiste la colpa della P.A. resistente, in quanto dalla commissione di gara, in considerazione della specifica competenza dei suoi componenti, si poteva pretendere una maggiore attenzione in sede di valutazione delle giustificazioni rese da **CONTROINTERESSATA**.

Per quanto concerne la forma e la misura del risarcimento spettante alla cooperativa ricorrente, il Tribunale ritiene opportuno far ricorso al meccanismo di cui all'art. 35 del D.Lgs. n. 80/1998 e s.m.i., ossia di stabilire i criteri in base ai quali il Comune (entro novanta giorni dalla notifica o dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza) dovrà formulare una proposta risarcitoria.

Peraltro, tenuto conto della durata del rapporto concessorio (25 anni, come detto), nel caso di specie è possibile riconoscere all'Amministrazione la facoltà di scelta fra:

- pagare alla ricorrente una somma di denaro che corrisponda al mancato utile di impresa per il periodo in cui i lavori di completamento funzionale e la gestione della casa di riposo sono stati illegittimamente svolti dalla controinteressata. In questo caso, la proposta dovrà essere formulata prendendo a riferimento l'offerta tecnico-economica della ricorrente e stimando in base ad essa i costi che quest'ultima aveva previsto di sostenere per l'allestimento della struttura e la gestione iniziale e, per differenza, l'utile atteso (che non deve necessariamente coincidere con il 10% previsto di norma per gli appalti di lavori pubblici, visto che nel caso di specie si è in presenza di un rapporto concessorio che contempla sia l'esecuzione di lavori che la gestione di un servizio);

- prolungare il periodo della concessione, in modo che essa, a far tempo dalla stipula del nuovo contratto e dal successivo subentro della ricorrente nella gestione, abbia una durata effettiva di venticinque anni.

SI LEGGA ANCHE

Durante la seduta numero 72 del 27 novembre 2009 il Consiglio dei Ministri ha approvato:

- uno schema di decreto legislativo per il recepimento della direttiva comunitaria 2007/66 in materia di miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici; il testo verrà trasmesso al Consiglio di Stato ed alle Commissioni parlamentari per il parere

a cura di Sonia LAzzini

tra le principali novità si segnala:

termine dilatorio per la stipulazione del contratto:

il contratto non potrà essere stipulato prima di 35 giorni dall'ultimo invio relativo all'aggiudicazione definitiva: (modifiche all' articolo 11 del codice dei contratti)

forma, termini e destinatari della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva

le amministrazioni saranno tenute a comunicare d'ufficio << 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, nonché a coloro che hanno impugnato il bando, se dette impugnazioni non siano ancora state respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva, o sono in termini per presentare dette impugnazioni>> ma anche, tutti questi soggetti dovrà venir comunicata la <<data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario>>;

viene altresì consentito l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione entro 10 giorni dall'invio della comunicazione dei medesimi atti (modifiche articolo 79 del codice dei contratti)

informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale

i soggetti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale avverso procedure di affidamento di appalti lavori, forniture e servizi, informano la stazione appaltante della presunta violazione e della intenzione di proporre ricorso giurisdizionale, indicando in maniera sintetica e sommaria i presunti vizi di illegittimità e i motivi del ricorso. L'interessato può avvalersi di un difensore (quindi non vi è obbligo di rivolgersi ad un legale)

a fronte di una tale comunicazione, indirizzata al responsabile del procedimento, lo stesso può acquisire ulteriori formali informazioni e comunicare al proprio dirigente, se del caso, la necessità di ritirare l'atto in autotutela. Spetterà poi, entro dieci giorni, al predetto dirigente decidere se non procedere (atto peraltro non impugnabile) , se ritirare l'atto contestato senza contraddittorio oppure se avviare il procedimento di autotutela

L'omissione dell'informativa da parte dei soggetti obbligati, potrebbe comportare, in sede di giudizio risarcitorio, l'applicazione dell'articolo Art. 1227 Concorso del fatto colposo del creditore secondo cui <<Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza>>

mentre l'omesso riscontro dell'informativa da parte della Stazione appaltante, oltre a comportare l'eventuale condanna delle spese, potrebbe avere influenza sulla valutazione del giudice in merito al risarcimento del danno da riconoscere al ricorrente (tale comportamento andrà inoltre, senza ombra di dubbio, segnalato alla Corte dei Conti_n.d.r.) (modifiche articolo 243 del codice dei contratti)

tutela processuale

i provvedimenti delle procedure di affidamento andranno impugnati entro 30 giorni dalla ricezione della relativa comunicazione, mentre i bandi o gli avvisi con cui si indice una gara dovranno essere impugnati, sempre entro 30 giorni , ma dalla loro pubblicazione, se autonomamente lesivi (modifica articolo 245 del codice dei contratti)

non sarà più possibile presentare ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ma solo al Tar.

In sede di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, in automatico verranno ad essere impugnati anche i bandi o gli avvisi con cui si indice una gara se immediatamente lesivi, nonché le esclusioni, ma non se i vizi dell'aggiudicazione definitiva dovessero derivare da vizi dei bandi o degli avvisi stessi.

Mentre in caso non ci sia un'immediata lesione, tutti i provvedimenti, compresa l'aggiudicazione provvisoria, devono intendersi impugnati con il ricorso all'aggiudicazione definitiva (questo comporterà una riduzione di tutte quelle cause che vengono considerate inammissibili per mancanza di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva in quanto sarà questo l'unico provvedimento il cui ricorso risulterà obbligatorio_n.d.r.)

L'immediata lesività viene commisurata alla mancata possibilità, oggettiva, di partecipazione del soggetto interessato, non solo per requisiti restrittivi ma anche per altre <<condizioni>> (si fa riferimento alla mancata partecipazione non alla mancata aggiudicazione_n.d.r.) (modifiche articolo 245 del codice dei contratti)

Ulteriori disposizioni processuali in caso di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva

Nel caso di ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva, accompagnato da contestuale domanda cautelare, **il contratto non può essere stipulato dal momento della ricezione della notificazione del ricorso da parte della stazione appaltante e per almeno 20 giorni a condizione che entro tale termine intervenga il provvedimento cautelare collegiale di primo grado**

Il provvedimento cautelare che accoglie la domanda, può imporre al ricorrente il versamento di adeguata cauzione, che in esito al giudizio può essere devoluta, in tutto o in parte, alla stazione appaltante e all'aggiudicatario controinteressato, a titolo del ristoro del danno. (modifiche articolo 245 del codice dei contratti)

Privazione degli effetti del contratto e sanzioni interdittive

Il giudice amministrativo avrà giurisdizione in ordine alla privazione di effetti del contratto e alle sanzioni alternative (ora giudice ordinario_da ultimo Tar Lombardia, Milano, 27.11.2009 n. 5200_n.d.r.)

Sarò lo stesso giudice che decide sull'annullamento dell'aggiudicazione definitiva a poter scegliere se accordare il risarcimento in forma specifica oppure quello per equivalente (danno subito e comprovato)

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 1427 del 30 novembre 2009, emessa dal Tar Marche, Ancona

**N. 01427/2009 REG.SEN.
N. 00042/2008 REG.RIC.**



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 le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 42 del 2008, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Il RICORRENTE - Consorzio di Cooperative Sociali Cattoliche - Soc. Coop.,
rappresentata e difesa dall'avv. Irene Cataldi, con domicilio eletto presso l'avv.
Francesca Cappanera, in Ancona, via Piave, 5;

contro

Comune di Montottone, rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Ortenzi, con
domicilio eletto presso Segreteria T.A.R. Marche, in Ancona, via della Loggia, 24;

nei confronti di

- CONTROINTERESSATA - Società Cooperativa Sociale, rappresentata e difesa
dall'avv. Elena Paolini, con domicilio eletto presso Segreteria T.A.R. Marche, in
Ancona, via della Loggia, 24;
- KCS - Caregiver Cooperativa Sociale, non costituita;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

della determinazione del Comune di Montottone n. 10 del 6.11.2007, emessa dal
Segretario Comunale ed avente ad oggetto l'aggiudicazione definitiva della
concessione per la gestione della nuova casa di riposo di Montottone,
e per la condanna
dell'Amministrazione intimata al risarcimento dei danni.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Montottone;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di CONTROINTERESSATA - Società
Cooperativa Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista l'ordinanza 7/2/2008, n. 76, recante il rigetto della domanda cautelare;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 ottobre 2009 il dott. Tommaso Capitanio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto il dispositivo di sentenza 8/10/2009, n. 31;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. La cooperativa ricorrente aveva preso parte alla procedura ad evidenza pubblica indetta dal Comune di Montottone per l'affidamento in concessione del completamento strutturale e della gestione venticinquennale della locale casa di riposo.

All'esito della valutazione dei progetti tecnici e dell'offerta economica (consistente, quest'ultima, nell'indicazione della retta mensile a carico degli ospiti della struttura), era risultata aggiudicataria la cooperativa CONTROINTERESSATA, con punti 86,00 (in seguito rettificati a 81,00), mentre la cooperativa "Il RICORRENTE" si era collocata al secondo posto con punti 77,39.

Poiché l'offerta dell'aggiudicataria era risultata anomala, la stazione appaltante aveva richiesto le relative giustificazioni, che sono state rese dal legale rappresentante di CONTROINTERESSATA in due *tranches*: dapprima è stato inviato al Comune un prospetto riportante la suddivisione delle voci principali di cui si componeva l'offerta, mentre in un secondo tempo - dietro specifica richiesta della commissione - è stata ulteriormente spiegata la composizione dei costi relativi al personale da impiegare nel servizio.

La commissione ha ritenuto convincenti tali giustificazioni, di talché il dirigente del Settore ha adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva, a cui è seguita la

stipula del contratto e l'avvio dell'esecuzione dell'appalto (per quanto riguarda il completamento strutturale della casa di riposo e la fornitura degli arredi).

2. E' proprio l'esito del sub-procedimento di verifica dell'anomalia a non convincere la cooperativa "IL RICORRENTE", la quale ha adito questo Tribunale, evidenziando che l'operato del Comune è illegittimo per i seguenti motivi:

- l'offerta dell'aggiudicataria andava esclusa sin dall'inizio, visto che il costo del lavoro indicato non era rispondente a quello risultante dai vigenti contratti collettivi (al riguardo il bando prevedeva espressamente l'esclusione);

- la commissione, in violazione di una prescrizione della lettera d'invito, non ha pubblicato, prima di procedere alla valutazione delle offerte economiche, il prospetto riportante i punteggi assegnati alle offerte tecniche;

- la commissione, pur avendo rilevato, all'esito dei primi chiarimenti, l'incongruità del costo del personale, ha illegittimamente consentito ad **CONTROINTERESSATA** di integrare le giustificazioni;

- nel merito, quelle fornite dall'aggiudicataria non sono vere e proprie giustificazioni, ma affermazioni apodittiche e indimostrate (al riguardo sono state prodotte due perizie di parte, finalizzate ad evidenziare l'insussistenza o comunque la scarsa incidenza delle agevolazioni tributarie e previdenziali di cui **CONTROINTERESSATA** ha dichiarato di beneficiare);

- laddove si volessero ritenere fondate le giustificazioni, andrebbe ridotto il punteggio attribuito all'offerta tecnica di **CONTROINTERESSATA** per la voce "Modalità di apertura al territorio";

- infine, l'aggiudicataria ha presentato un'offerta economica non conforme al bando, visto che ha previsto una rimodulazione della tariffa non consentita dal bando (avendo previsto una tariffa per gli anziani non autosufficienti, in tal modo trasformando la struttura comunale da casa di riposo a residenza sanitaria).

3. Con motivi aggiunti è stato impugnato il contratto *medio tempore* stipulato ed è stata formulata la domanda risarcitoria.

Con l'ordinanza in epigrafe è stata respinta la domanda cautelare, proprio sul presupposto dell'intervenuta stipula del contratto e dell'avvio dell'esecuzione dei lavori.

Infine, alla pubblica udienza del 7 ottobre 2009 la causa è stata trattenuta per la decisione di merito.

DIRITTO

1. Il ricorso è fondato e va pertanto accolto, sia per quanto concerne la domanda impugnatoria, sia per ciò che riguarda la domanda risarcitoria.

2. In relazione al primo profilo, la questione che il Tribunale è chiamato a dirimere consiste nello stabilire se la cooperativa CONTROINTERESSATA abbia reso o meno delle giustificazioni relativamente alla propria offerta, in particolare per quanto riguarda il costo del personale che l'aggiudicataria intende adibire alla gestione della casa di riposo.

In effetti, laddove la risposta alla predetta domanda dovesse essere positiva, il ricorso dovrebbe essere respinto, vista l'infondatezza delle altre censure.

2.1. Per quanto attiene al fatto che la commissione abbia richiesto i chiarimenti in due successivi momenti, si tratta di comportamento del tutto in linea con lo spirito del sub-procedimento disciplinato attualmente dall'art. 88 del D.Lgs. n. 163/2006 (nonché dall'art. 55 della direttiva 18/2004/CE): in effetti, il comma 4 dell'art. 88, già nella versione originaria, imponeva alle stazioni appaltanti di procedere ad un'ulteriore interlocuzione con l'aggiudicatario la cui offerta è sottoposta a verifica prima di escludere definitivamente l'offerta stessa.

2.2. Allo stesso modo, la ricorrente non coglie nel segno laddove sostiene che la cooperativa CONTROINTERESSATA avrebbe dovuto essere esclusa per avere indicato un costo del personale inferiore a quello desumibile dai contratti collettivi

vigenti *ratione temporis* e dalle tabelle ministeriali e regionali ricognitivi degli stessi: infatti, in nessuna parte dell'offerta di CONTROINTERESSATA si dice che la cooperativa intenda derogare ai minimi sindacali, per cui il problema era solo quello di verificare se il costo indicato fosse congruo, anche alla luce di eventuali agevolazioni di cui usufruisce la cooperativa CONTROINTERESSATA o di altri elementi a tal uopo rilevanti.

Ugualmente infondato è il motivo di ricorso in cui si sostiene che CONTROINTERESSATA ha arbitrariamente modificato la tariffa prevista dal bando (e quindi anche l'oggetto dell'appalto): in effetti, *in parte qua* l'aggiudicataria ha solo inserito un elemento migliorativo dell'offerta, il quale però non impegnava in alcun modo l'ente concedente e non penalizzava gli altri concorrenti che si fossero limitati a prevedere un'unica tariffa.

2.3. Va anche rigettato il motivo con cui si sostiene che, in caso di condivisione delle giustificazioni inerenti i benefici e sgravi connessi alle nuove assunzioni di personale, dovrebbe essere decurtato il punteggio assegnato all'offerta tecnica di CONTROINTERESSATA per la voce "Modalità di apertura al territorio" (per la quale l'aggiudicataria ha avuto assegnati 7 punti, avendo dichiarato di voler assumere in futuro 23 nuove unità lavorative, selezionate fra soggetti locali), visto che i benefici in parola non sono applicabili nelle Regioni non ricomprese in area geografica di livello NUTS 2 (e le Marche non rientrano in tale area geografica). In effetti, a parte il fatto che non è dimostrato che il punteggio sia stato assegnato esclusivamente in ragione del numero delle assunzioni, nel caso di specie tali questioni rientrano nella più vasta problematica relativa alla giustificazione complessiva dell'offerta di CONTROINTERESSATA, per cui la doglianza non ha rilievo autonomo.

2.4. Infine, è inammissibile il motivo con cui si deduce la violazione della clausola della lettera d'invito che prevedeva la pubblicazione degli esiti della valutazione dei

progetti tecnici prima dell'apertura delle buste contenenti l'offerta economica (pubblicazione che non risulta essere stata effettuata dalla stazione appaltante). Tale clausola avrebbe la funzione di "cristallizzare" i punteggi assegnati ai progetti tecnici, di modo che essi – una volta portati a conoscenza dei concorrenti – non potrebbero essere più modificati nel prosieguo della procedura.

Al riguardo, però, la ricorrente non dice in che modo tale violazione (alla quale peraltro la *lex specialis* non riconnette alcuna sanzione che si riverberi sulla validità della gara) l'abbia lesa in concreto. Ciò è rilevante, in quanto qualsiasi prescrizione del bando di gara deve assolvere ad una funzione non meramente formale, di talché l'eventuale violazione deve essere idonea a determinare una lesione giuridicamente significativa dell'interesse dei concorrenti. Nella specie, la cooperativa "Il RICORRENTE" avrebbe dovuto quantomeno asserire (nonché provare, ovviamente nei limiti delle sue possibilità) che i punteggi assegnati ai progetti tecnici e risultanti dai verbali di gara (i quali, è bene ricordare, sono atti pubblici, facenti fede fino a querela di falso) non corrispondono al contenuto dei progetti valutati, in modo da instillare nel giudice un dubbio riguardo il corretto svolgimento della procedura.

La cooperativa ricorrente, invece, non asserisce che il proprio progetto tecnico fosse migliore di quello dell'aggiudicataria, se non in relazione al fatto che quest'ultima, stante la palese anomalia del costo del personale, non sarebbe in grado di mantenere quanto promesso in sede di offerta (e cioè un monte-ore annuo nettamente superiore a quello degli altri concorrenti a fronte di una tariffa più bassa delle altre). Ma questo aspetto ricade nell'ambito della questione centrale del giudizio, per cui non rileva ai fini dell'accoglimento della censura in commento.

3. E' invece fondato il motivo con cui la ricorrente sostiene che la controinteressata non ha reso le giustificazioni integrative richieste dalla stazione

appaltante ed inerenti la congruità del costo del personale da adibire alla gestione della casa di riposo comunale.

A questo proposito, il Collegio ritiene utile richiamare una recente sentenza del Tribunale (n. 776/2009), relativa ad una vicenda in cui veniva in evidenza una questione analoga, e cioè l'individuazione degli elementi identificativi minimi in presenza dei quali si possa dire che il partecipante ad una procedura ad evidenza pubblica abbia assolto all'onere di giustificare la composizione dell'offerta economica. Ebbene, nel suddetto precedente, il Tribunale ha stabilito che le giustificazioni di cui all'art. 87 del D.Lgs. n. 163/2006 debbono consistere in elaborati più o meno completi (i quali, come detto in precedenza, possono essere integrati nel corso del sub-procedimento di verifica), riportanti la scomposizione dell'offerta economica nelle varie voci che la compongono, i quali però, per essere ritenuti fondati, non debbono risolversi in asserzioni meramente apodittiche (del tipo "l'offerta è congrua perché io dico che è congrua") e/o fare generico riferimento a benefici fiscali e/o contributivi, a favorevoli condizioni di mercato, e così via. Ovviamente, come afferma un orientamento giurisprudenziale prevalente - al quale però non si deve prestare acritica adesione - le giustificazioni possono essere ritenute sufficienti quando esse dimostrino l'affidabilità nel suo complesso dell'offerta, per cui è da ritenere di massima legittimo il giudizio favorevole anche nel caso in cui restino parzialmente non giustificate voci meno importanti dell'offerta.

3.1. Ora, trasportando le considerazioni summenzionate al caso in esame, è abbastanza agevole giungere alla conclusione che la cooperativa CONTROINTERESSATA non ha fornito sufficienti giustificazioni, onde per cui la commissione prima e il responsabile del settore poi non potevano considerare congrua l'offerta dell'aggiudicataria.

3.2. Va in primo luogo chiarito che il meccanismo del c.d. doppio contraddittorio, per essere considerato rispondente alla *ratio* delle disposizioni comunitarie e nazionali che disciplinano il sub-procedimento di verifica dell'anomalia, deve articolarsi di massima nelle fasi che di seguito si indicano:

- in un primo tempo, la commissione deve esaminare le giustificazioni preventive (laddove, ovviamente, il bando ne avesse imposto la presentazione unitamente all'offerta). Si deve sottolineare a tal proposito come, per effetto dell'art. 4-*quater*, comma 1, della L. n. 102/2009, la facoltà per le stazioni appaltanti di prevedere l'onere di allegazione delle giustificazioni preventive è stata soppressa;

- se la documentazione all'uopo fornita dal concorrente che risulta aver praticato l'offerta migliore è ritenuta sufficiente dalla commissione (e a questo proposito si deve altresì precisare che il giudizio favorevole può essere anche motivato *per relationem* alle giustificazioni, con l'avvertenza che dal verbale di gara deve risultare che la commissione abbia esaminato nel dettaglio la relativa documentazione), si può procedere all'aggiudicazione provvisoria;

- se invece la documentazione non è sufficientemente chiara (oppure il bando non aveva previsto le giustificazioni preventive), la commissione deve richiedere integrazioni;

- a questo punto, si possono aprire vari scenari. Può infatti accadere che il concorrente ampli lo spettro di indagine (giungendo, ad esempio, a modificare la composizione dell'offerta, al fine di dimostrare che in ogni caso l'appalto è eseguibile alle condizioni offerte – vedasi al riguardo il punto 3.1. della citata sentenza di questo TAR n. 776/2009), oppure che egli si limiti a meglio precisare alcuni punti controversi, e così via. Ma quale che sia lo scenario, è necessario che i termini oggettivi dell'offerta vengano acclarati dalla commissione;

- è infatti da ritenere illegittimo un giudizio di non congruità dell'offerta formulato al termine di un sub-procedimento all'esito del quale alcuni degli elementi che

compongono l'offerta stessa siano rimasti incerti, così come è illegittimo l'operato della commissione che chiede chiarimenti su un certo elemento dell'offerta e poi si pronuncia per la non congruità valorizzando un altro elemento che non era stato oggetto di chiarimenti.

Naturalmente, questa sequenza procedimentale non può protrarsi all'infinito, sia perché le procedure ad evidenza pubblica debbono svolgersi nel rispetto del principio di celerità ed efficienza dell'azione amministrativa (vedasi l'art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006), sia perché assumono rilevanza le possibilità probatorie che possono essere legittimamente addossate al concorrente (nel senso che, di norma, gli atti e i documenti utili alla resa delle giustificazioni sono nella disponibilità del concorrente, per cui la stazione appaltante può legittimamente pretendere che i dati rilevanti le siano forniti in un lasso temporale ragionevole e nella loro interezza).

3.3. E sono proprio questi principi che vengono in evidenza nel caso di specie.

Dal punto di vista oggettivo, emerge dagli atti di causa che la cooperativa CONTROINTERESSATA ha in un primo momento comunicato alla stazione appaltante la composizione dell'offerta economica (vedasi nota del 21/9/2007, depositata dalla difesa di CONTROINTERESSATA in data 4/2/2008). La commissione ha rilevato che, oggettivamente, il costo del personale indicato dalla cooperativa non era in linea con le tabelle ministeriali in vigore, per cui, in ossequio al principio del doppio contraddittorio, ha chiesto integrazioni, convocando il legale rappresentante dell'impresa (vedasi il verbale di gara n. 9 del 27/9/2007).

Ed è a questo punto che, a giudizio del Collegio, la stazione appaltante ha operato uno scarto rispetto ad un corretto *modus operandi*: in effetti, nel corso dell'audizione (come risulta dal verbale di gara n. 10 del 27/9/2007), il legale rappresentante di CONTROINTERESSATA si è limitato a dichiarare di applicare il c.c.n.l. vigente

(il che era del tutto scontato, visto che in caso contrario la cooperativa avrebbe dovuto essere esclusa per violazione di una clausola imperativa del bando – vedasi quanto detto al precedente punto 2.2.) e che le retribuzioni orarie indicate in offerta tengono conto non solo delle tabelle ministeriali ricognitive dei contratti collettivi, ma anche delle agevolazioni fiscali e previdenziali di cui usufruisce la cooperativa. Inoltre, lo stesso legale rappresentante, nell'impegnarsi ad inquadrare tutti gli operatori da adibire al servizio nei livelli professionali previsti dai c.c.n.l. e a non fare ricorso a personale volontario, si è riservato di inviare dichiarazione scritta di quanto affermato verbalmente.

La dichiarazione scritta, inviata in data 1/10/2007 (documento allegato n. 21 al ricorso introduttivo), contiene la tabella riportante i costi del personale - suddiviso in base alle qualifiche -, l'indicazione che le tariffe orarie, riferite ai costi aziendali per le future assunzioni, sono calcolate in base alla media delle retribuzioni corrisposte ai lavoratori dipendenti di CONTROINTERESSATA e che le stesse tengono conto delle agevolazioni summenzionate. Inoltre, è detto che, in capo alle nuove assunzioni, sono previste agevolazioni che possono raggiungere i 5.000,00 € per ogni unità lavorativa (per un complessivo risparmio di circa 115.000,00 €) e che *“...per la Regione Marche sono previste altre forme di intervento a sostegno delle innovazioni, che in futuro sicuramente potranno tradursi in ulteriori vantaggi economici, che andranno a sopperire a quello che oggi è un investimento economico importante per CONTROINTERESSATA Società Cooperativa...”*.

Tali affermazioni sono state ritenute sufficienti, tanto che è stata decretata l'aggiudicazione provvisoria.

3.4. L'operato del Comune non può però essere ritenuto corretto, in quanto:

a) seppure è vero che le cooperative godono di un regime contributivo e fiscale agevolato (vedasi la sentenza del Tribunale n. 1150/2001, richiamata da CONTROINTERESSATA nei propri scritti difensivi), ciò non vuol dire che esse

sono esonerate dal provare, laddove ne siano legittimamente richieste, la concreta incidenza di tali agevolazioni, visto che non si è in presenza di dati assiomatici e inconfutabili;

b) ma a parte questa premessa di ordine generale, è proprio in relazione alla gara in esame che le asserzioni della controinteressata non sono da ritenere sufficienti a dare conto della congruità dell'offerta. Seppure può ritenersi corretto il criterio a cui ha fatto riferimento il legale rappresentante (ossia la media delle retribuzioni del personale attualmente dipendente) - visto che non è definibile a priori la retribuzione dei soggetti che saranno specificamente adibiti al servizio - tale asserzione andava integrata con dati numerici riferiti al costo del lavoro concretamente sopportato dalla cooperativa, anche riferita ad alcuni profili professionali (in sostanza andava quantomeno indicato il trattamento economico di uno o più dipendenti, in modo da far comprendere alla commissione l'incidenza percentuale delle agevolazioni fiscali e previdenziali, nonché la normativa di riferimento);

- ma ciò non sarebbe stato comunque sufficiente, in presenza delle altre giustificazioni rese, le quali sono da considerare veramente apodittiche. Ci si riferisce alla parte in cui il legale rappresentante di CONTROINTERESSATA ha fatto riferimento a non meglio precisati benefici previsti dalla legislazione regionale delle Marche. A fronte di una affermazione così vaga e generica (ed anche, per la verità, ad una dichiarazione latamente confessoria, con cui l'aggiudicataria sembra ammettere che, senza questi ulteriori benefici l'appalto viene eseguito, almeno inizialmente, "in perdita"), per un verso la commissione non aveva l'onere di richiedere ulteriori integrazioni (visto che, come detto, l'*onus probandi* era in questa fase in capo ad CONTROINTERESSATA, la quale aveva tutte le possibilità di indicare l'incidenza delle agevolazioni di cui sopra), per altro verso non poteva che pervenire ad un giudizio di non congruità dell'offerta;

- ed in effetti, neanche in sede processuale, ad esempio mediante perizie di parte, CONTROINTERESSATA ha dato conto dell'esistenza e dell'incidenza delle agevolazioni in parola, nel mentre la ricorrente ha fornito un principio di prova per quanto riguarda la scarsa o nulla incidenza dei benefici discendenti dalla sterilizzazione del c.d. cuneo fiscale, la non applicabilità degli incentivi scaturenti dall'assunzione di personale femminile e infine la genericità del richiamo a non meglio precisate politiche di sostegno alle innovazioni promosse dalla Regione Marche (politiche che, peraltro, debbono anche essere finanziate annualmente e delle quali non è detto che CONTROINTERESSATA potrebbe sicuramente giovare).

In sostanza, quindi, per un verso l'aggiudicatario si è limitato a sostenere in via di principio la congruità dell'offerta, per altro verso la stazione appaltante ha acriticamente accettato quelle che, per quanto detto in precedenza, non possono essere ritenute valide giustificazioni.

In relazione a quanto affermato al precedente punto 3., va infine evidenziato che nella specie il costo del personale assume rilevanza preponderante nell'economia complessiva dell'offerta, il che impedisce di fare applicazione del principio giurisprudenziale a cui si è fatto riferimento *supra* (e cioè che le giustificazioni debbono essere ritenute fondate quando danno conto dell'affidabilità dell'offerta nel suo complesso).

Pertanto, l'aggiudicazione va annullata.

4. Vanno a questo punto esaminate le altre due domande formulate dalla ricorrente, l'una involgente la nota problematica della sorte che subisce il contratto *medio tempore* stipulato in caso di annullamento dell'aggiudicazione, l'altra avente ad oggetto la richiesta di risarcimento dei danni ingiustamente patiti dalla cooperativa "IL RICORRENTE".

5. In relazione al primo aspetto, va preliminarmente affermata la giurisdizione del giudice amministrativo *in subiecta materia*, il che, come è noto, implica la confutazione delle tesi sostenute dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (vedasi per tutte l'ordinanza n. 27169/2007) – che al riguardo affermano la competenza dell'A.G.O. – e dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (decisione n. 9 del 2008) – che invece afferma che il giudice amministrativo può occuparsi della questione solo in sede di ottemperanza.

5.1. Al riguardo, anche ai sensi dell'art. 26 L. n. 1034/1971, il Tribunale ritiene in primo luogo di poter richiamare le considerazioni espresse nelle sentenze del TAR Lecce, III Sezione, n. 530/2008 e n. 492/2009 (nelle quali la sussistenza della giurisdizione esclusiva viene giustificata con le seguenti principali considerazioni “...le conclusioni a cui sono pervenute le SS.UU. nell'ordinanza n. 27169/2007 non sembrano tenere conto del fatto che il D.Lgs. n. 80/1998 prima e la L. n. 205/2000 poi hanno attribuito al giudice amministrativo il potere (riconosciuto costituzionalmente legittimo dalla Corte Costituzionale – sentenze nn. 204 del 2004 e 191 del 2006) di attribuire al ricorrente vittorioso la reintegrazione in forma specifica...”; “...in materia di appalti, la reintegrazione in forma specifica equivale alla declaratoria di spettanza dell'aggiudicazione, che però il giudice amministrativo non potrebbe pronunciare se, nelle more del giudizio, è stato stipulato il contratto con un altro concorrente (che non ne aveva diritto a causa dell'illegittimità dell'aggiudicazione). Questo perché, ovviamente, fino a che rimane in vita il contratto, l'avente diritto non potrebbe subentrare nell'appalto, visto che la posizione dell'aggiudicatario illegittimo poggerrebbe su un negozio giuridico valido ed efficace e che non ci possono essere contemporaneamente due soggetti chiamati ad eseguire lo stesso appalto. E' solo questa la ragione per la quale, dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 80/1998, il giudice amministrativo ha preso ad occuparsi della sorte del contratto stipulato a seguito di gara successivamente annullata, e non perché dubitasse del fatto che con la stipula del contratto si apre una fase privatistica...”; “...In effetti, se è vero come è vero che la giurisdizione esclusiva trova la sua ragion d'essere nell'esigenza

di evitare una proliferazione di giudizi nell'ambito di controversie caratterizzate da un groviglio inestricabile di diritti soggettivi ed interessi legittimi, davvero non si riesce a capire come sia possibile escludere la sussistenza di tale strettissimo collegamento nel campo delle procedure ad evidenza pubblica, laddove cioè il "diritto" del concorrente risultato miglior offerente a contrarre con la P.A. in tanto può dirsi esistente in quanto la gara si sia svolta legittimamente (e quindi la permanenza in vita di tale "diritto" - sorto con l'aggiudicazione e "irrobustito" con l'adempimento dei successivi incombeni burocratici che la legge pone a carico dell'aggiudicatario - è condizionata dall'esito del giudizio relativo alla legittimità degli atti della procedura, ossia dalla valutazione circa la sussistenza di un interesse legittimo in capo agli altri concorrenti); questo stretto legame è ammesso anche dalla stessa Corte di Cassazione (vedasi la sentenza della Sez. I n. 9906/2008, in cui si è statuito che, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, il contratto viene automaticamente privato di effetti, il che dimostra ancora una volta il legame che esiste fra gli atti della procedura e il contratto, legame che non ha eguali in campo civilistico, se non nell'ipotesi disciplinata –a contrario - dall'art. 23, secondo comma, c.c.).

Pertanto, in materia di appalti pubblici la giurisdizione esclusiva del G.A. comprende sia la questione inerente la legittimità degli atti di gara (la quale coinvolge interessi legittimi), sia la questione relativa alla spettanza del diritto a contrarre con la P.A. (ovviamente nei limiti in cui l'esistenza di tale diritto sia contestata per ragioni afferenti la regolarità della gara).

E poiché il giudice esclusivo è chiamato ad assicurare piena ed effettiva tutela sia agli interessi che ai diritti, ne consegue che del tutto legittimamente il giudice amministrativo può dichiarare la caducazione del contratto, essendo questo un passaggio indispensabile per assicurare la soddisfazione dell'interesse sostanziale sottostante...").

5.2. A tali argomentazioni, il Collegio ritiene di dover aggiungere le seguenti considerazioni:

- in primo luogo, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è limitata al segmento che si apre con l'indizione della gara e si conclude con l'aggiudicazione

definitiva (salvo i casi di autotutela esercitata in un momento successivo, ma incidente sugli atti della procedura);

- l'ambito di cognizione del G.A., però, è circoscritto dalla domanda di parte ricorrente, nel senso che, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, il ricorso può essere limitato alla sola tutela di un interesse legittimo (ad esempio, in materia di concessioni amministrative, il concessionario impugna il provvedimento con cui si dispone la revoca della concessione. Questa azione va proposta entro il termine decadenziale decorrente dalla notifica o dalla piena conoscenza dell'atto e la pronuncia del giudice, se favorevole, implicherà l'annullamento del provvedimento per uno o più dei tre vizi classici);

- in materia di appalti, quindi, l'impresa ricorrente può limitarsi a chiedere solo l'annullamento dell'aggiudicazione e non anche la reintegrazione in forma specifica o quella per equivalente (tutelando quindi solo l'interesse legittimo a che la gara non venga aggiudicata ad un concorrente immeritevole). In questo caso, il giudice, in sede di cognizione, non deve occuparsi della sorte del contratto eventualmente stipulato (per cui la situazione è assimilabile a ciò che si verifica quando la pronuncia annullatoria interviene prima della stipula);

- ma se al contrario l'azione impugnatoria è fondata e sia stata chiesta anche la reintegrazione in forma specifica (e quindi il ricorrente intende tutelare anche il suo diritto soggettivo ad essere dichiarato aggiudicatario), allora il giudice deve necessariamente occuparsi del contratto eventualmente stipulato, in quanto il diritto del ricorrente vittorioso non può trovare effettiva realizzazione finché rimane in vita il contratto. A questo proposito, si deve dare atto dell'esistenza di tesi dottrinali di segno contrario (per le quali il giudice amministrativo non deve mai occuparsi della questione quando questa è oggetto specifico della domanda, ossia *principaliter*, il che, però, non escluderebbe il potere di pronunciarsi sulla

domanda di reintegrazione per equivalente - e sul punto *nulla quaestio* - o in forma specifica – e al riguardo sorgono i problemi più rilevanti).

5.3. In realtà, la premessa di qualsivoglia tentativo teso ad approdare alla migliore soluzione possibile è quello di chiarire la prospettiva da cui si guarda al complesso fenomeno dei contratti pubblici.

Se infatti ci si muove in un'ottica “tradizionale” (in cui il contratto di appalto pubblico, una volta stipulato ed approvato, è un contratto a tutti gli effetti, per cui vive di vita propria), la soluzione della Corte di Cassazione sembra naturalmente inattaccabile.

Se invece si esamina più a fondo la questione, ci si accorge che:

- innanzitutto, nel diritto privato (salvo i casi di collegamento funzionale e tenendo ovviamente conto delle questioni legate alla rappresentanza) non esiste nulla di paragonabile alla procedura ad evidenza pubblica che precede la stipula del contratto, la quale non ha rilievo meramente interno alla P.A., come accade nel diritto privato per gli atti delle persone giuridiche, ma è finalizzata proprio a tutelare l'interesse del Mercato (specie nelle gare di rilievo comunitario, ma non solo);

- in secondo luogo (e qui si pone il problema principale), non appare condivisibile l'orientamento dell'Adunanza Plenaria a proposito dell'inammissibilità di un'azione di adempimento nel processo amministrativo. In effetti, una volta che il giudice amministrativo è chiamato a verificare il rispetto delle regole della gara (sia quelle formali, che vengono di solito in rilievo nella fase di ammissione dei concorrenti, sia quelle di natura sostanziale, che vengono invece in evidenza nel momento in cui si vanno a valutare le offerte), ne consegue che l'indagine può sfociare nelle più disparate soluzioni, tutte egualmente ammissibili;

- si vuol dire che:

a) se si tratta di gara da aggiudicare con criterio aritmetico, la sentenza può (e deve) individuare il legittimo aggiudicatario o, quantomeno, indirizzare in maniera inequivoca la fase di esecuzione che segue di necessità la conclusione del giudizio impugnatorio;

b) ma anche nel caso di appalti da affidare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa l'esito può essere analogo, allorquando il ricorso investa profili afferenti il merito tecnico dell'offerta che siano però verificabili oggettivamente oppure quando le censure investano la corretta applicazione di regole procedurali o, infine, quando la controversia riguardi il sub-procedimento di verifica dell'anomalia o l'accertamento di situazioni di collegamento sostanziale (TAR Lecce, III, citata sentenza n. 530/2008);

c) viceversa, il giudice può approdare alla convinzione che, nonostante l'accoglimento delle censure formulate dall'impresa ricorrente, l'esito finale rimane incerto. In questo caso, l'unica misura è quella dell'annullamento della gara, con conseguente obbligo della P.A. di ripetere la procedura attenendosi ai principi enunciati nella sentenza (TAR Lecce, III, citata sentenza n. 492/2009);

- ma allora non si comprende perché al giudice sarebbe precluso di condannare la P.A. all'adozione di un atto avente uno specifico contenuto. Che questo si chiami azione di adempimento o reintegrazione in forma specifica poco importa (anche perché la dottrina e la giurisprudenza civilistiche ammettono la reintegrazione in forma specifica pure in ambito contrattuale - Cass., Sez. II, n. 14599/2004);

- tutto questo implica di necessità che il giudice che si occupa della procedura di gara deve anche esaminare la questione relativa alla sorte del contratto che sia stato eventualmente stipulato nelle more, ciò sempre che il ricorrente abbia proposto la domanda di reintegrazione in forma specifica. Questa tesi, paradossalmente, trova conforto proprio in una decisione delle Sezioni Unite (7 novembre 2008, n. 26790 , in cui si afferma testualmente che “...nessun giudice può condannare la P.A. ad un

facere specifico, salvo il caso della reintegrazione in forma specifica di cui all'art. 35 del D.Lgs. n. 80/1998, come sostituito dall'art. 7 della L. n. 205/2000...”);

- tra l'altro, a seguire il ragionamento dell'Adunanza Plenaria, si avrebbe il seguente scenario. Poiché, come afferma la decisione n. 9 del 2008, la stazione appaltante è tenuta a trarre dall'annullamento dell'aggiudicazione le dovute conseguenze sul contratto, dovrebbe essere appunto la stazione appaltante a dichiarare la nullità/caducazione/o altro del contratto e a decretare il sub-ingresso del ricorrente vittorioso. Di questi ulteriori provvedimenti (e quindi anche della sorte del contratto) conosce però il giudice amministrativo, in sede di ottemperanza (oppure, perché questo non lo si può escludere, in sede di giurisdizione generale di legittimità, potendo benissimo i provvedimenti della stazione appaltante essere gravati con un normale ricorso impugnatorio);

- pertanto, se la pronuncia sulla sorte del contratto viene riversata in un atto amministrativo il giudice amministrativo può occuparsi della vicenda, mentre lo stesso giudice amministrativo non può adottare direttamente una pronuncia sulla sorte del contratto. Si tratta, come si può agevolmente comprendere, di un meccanismo troppo farraginoso e contrario al principio del giusto processo.

5.4. Come sovente accade, è il diritto comunitario ad offrire elementi di sostegno alle tesi suesposte.

Come è noto, la direttiva 2007/66/CE (la nuova “direttiva ricorsi”, che modifica la direttiva 89/665/CEE) stabilisce il principio per cui, al fine di garantire l'effetto utile dell'accoglimento del ricorso, è lo stesso giudice investito della domanda impugnatoria a doversi pronunciare sulla sorte del contratto (ovviamente nei limiti in cui il vizio del contratto discenda dall'annullamento dell'aggiudicazione), non tollerando il diritto comunitario ritardi nella tutela effettiva del ricorrente vittorioso.

E come è altrettanto noto, il legislatore nazionale, conferendo al Governo la delega per il recepimento della direttiva, ha espressamente indicato fra i criteri e i principi direttivi quello per cui il o i decreti delegati dovranno “....h) recepire gli articoli 2, paragrafo 7, 2-quinquies, 2-sexies e 3-bis della direttiva 89/665/CEE e gli articoli 2, paragrafo 6, 2-quinquies, 2-sexies e 3-bis della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, nell’ambito di una giurisdizione esclusiva e di merito, con i seguenti criteri:

- 1) prevedere la privazione di effetti del contratto nei casi di cui all’articolo 2-quinquies, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 89/665/CEE e all’articolo 2-quinquies, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 92/13/CEE, con le deroghe e i temperamenti ivi previsti, lasciando al giudice che annulla l’aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti retroattiva o limitata alle prestazioni da eseguire;
- 2) nel caso di cui all’articolo 2-sexies, paragrafo 1, della direttiva 89/665/CEE e all’articolo 2-sexies, paragrafo 1, della direttiva 92/13/CEE, lasciare al giudice che annulla l’aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, e sanzioni alternative;
- 3) fuori dei casi di cui ai numeri 1) e 2), lasciare al giudice che annulla l’aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, ovvero risarcimento per equivalente del danno subito e comprovato;
- 4) disciplinare le sanzioni alternative fissando i limiti minimi e massimi delle stesse” (art. 44, comma 3, let. h), della L. n. 88/2009).

Anche *de iure condendo*, quindi, si può concludere per la sussistenza della giurisdizione esclusiva del G.A. sulla sorte del contratto *medio tempore* stipulato, laddove lo stesso G.A. abbia annullato l’aggiudicazione.

Ciò detto, in conseguenza dell’annullamento dell’aggiudicazione, il contratto *medio tempore* stipulato fra il Comune intimato e la controinteressata va dichiarato inefficace (secondo un orientamento del Consiglio di Stato che si è andato

affermando nel tempo, anche se non universalmente condiviso dalla restante giurisprudenza).

6. Per quanto concerne la domanda risarcitoria, il Tribunale ritiene che essa meriti accoglimento, in quanto:

- l'aggiudicazione, come detto *supra*, era illegittima, per cui la ricorrente è stata ingiustamente privata del bene della vita per il periodo che va dall'affidamento dell'appalto ad **CONTROINTERESSATA** al momento in cui il Comune darà esecuzione alla presente sentenza;
- sussiste la colpa della P.A. resistente, in quanto dalla commissione di gara, in considerazione della specifica competenza dei suoi componenti, si poteva pretendere una maggiore attenzione in sede di valutazione delle giustificazioni rese da **CONTROINTERESSATA**.

Per quanto concerne la forma e la misura del risarcimento spettante alla cooperativa ricorrente, il Tribunale ritiene opportuno far ricorso al meccanismo di cui all'art. 35 del D.Lgs. n. 80/1998 e s.m.i., ossia di stabilire i criteri in base ai quali il Comune (entro novanta giorni dalla notifica o dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza) dovrà formulare una proposta risarcitoria.

Peraltro, tenuto conto della durata del rapporto concessorio (25 anni, come detto), nel caso di specie è possibile riconoscere all'Amministrazione la facoltà di scelta fra:

- pagare alla ricorrente una somma di denaro che corrisponda al mancato utile di impresa per il periodo in cui i lavori di completamento funzionale e la gestione della casa di riposo sono stati illegittimamente svolti dalla controinteressata. In questo caso, la proposta dovrà essere formulata prendendo a riferimento l'offerta tecnico-economica della ricorrente e stimando in base ad essa i costi che quest'ultima aveva previsto di sostenere per l'allestimento della struttura e la gestione iniziale e, per differenza, l'utile atteso (che non deve necessariamente

coincidere con il 10% previsto di norma per gli appalti di lavori pubblici, visto che nel caso di specie si è in presenza di un rapporto concessorio che contempla sia l'esecuzione di lavori che la gestione di un servizio);

- prolungare il periodo della concessione, in modo che essa, a far tempo dalla stipula del nuovo contratto e dal successivo subentro della ricorrente nella gestione, abbia una durata effettiva di venticinque anni.

7. In conclusione, il ricorso va accolto, nei sensi di cui in motivazione.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale delle Marche:

- accoglie il ricorso in epigrafe, nei termini di cui in motivazione;

- condanna le parti resistenti, in solido fra loro, al pagamento in favore della ricorrente delle spese di giudizio, che ritiene di liquidare in Euro 5.000,00, oltre a IVA e CPA.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Luigi Passanisi, Presidente

Gianluca Morri, Primo Referendario

Tommaso Capitano, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/11/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO