



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

Roma – Sezione Prima Bis

SENTENZA

sul ricorso N. 7375/2008 proposto dalla SOC MACA SRL, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. RENATO LIOI, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, v. delle Grazie, n. 3,

contro

- RAGGRUPPAMENTO LOGISTICO CENTRALE
- MINISTERO DELLA DIFESA, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso da: AVVOCATURA DELLO STATO con domicilio eletto in ROMA - VIA DEI PORTOGHESI, 12

e nei confronti di

SOC. I.S.S. ITALIA A. BARBATO SRL, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. ti SALVATORE DI MATTIA e PIERO MAZZOLA, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, v. F. Confalonieri, n. 5,

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione,

- del provvedimento prot. n. 16735 del 15.05.2008 con cui si è comunicato il giudizio di inaffidabilità dell'offerta presentata dalla ricorrente;
- della nota prot. n. 13043 del 17.04.2008 con cui sono stati richiesti chiarimenti alla ricorrente circa l'offerta presentata;
- della nota prot. n. 14251 del 29.04.2008;
- della nota prot. n. 868 del 07.05.2008 con cui si è disposta la convocazione della ricorrente ai fini dell'analisi dei costi proposti;
- del provvedimento prot. n. 21331 del 24.06.2007 con cui si è negato l'accesso ad alcuni documenti relativi alla procedura di gara de quo;
- della lettera di invito prot. n. 1663 del 17/01/08 con cui la stazione appaltante ha invitato la ricorrente a presentare l'offerta per l'appalto di servizi di cui al bando di gara pubblicato su G.U.R.I., 5^a Serie speciale n. 139 del 28/11/2007;
- dello stesso bando ed avviso di gara lesivo in parte qua;
- del disciplinare tecnico di gara approvato dalla P.A. intimata ed allegato alla lettera di invito; delle Condizioni tecniche per il servizio di pulizia presso enti, distaccamenti e reparti delle forze armate approvato dal Ministero Difesa ove ritenuto lesivo in parte qua;
- degli atti e provvedimenti di estrema e contenuto ignoto con cui si è ritenuta ammissibile la domanda di partecipazione,

l'offerta economica ed il progetto di gestione presentati dalla controinteressata I.S.S. Italia s.r.l.;

- degli atti con cui si sono nominate le Commissioni nell'ambito della procedura concorsuale;
- dei verbali tutti adottati dalla Commissione di concorso, tra i quali: il verbale n. 785 del 27/05/2008 con cui si è disposta l'aggiudicazione definitiva della gara a favore della società controinteressata, e la successiva nota con cui si è comunicato alla ricorrente tale aggiudicazione; il verbale dell'8/5/08 con cui si è giudicata inaffidabile l'offerta presentata dalla ricorrente; il verbale del 16/5/2008, di contenuto ignoto, con cui si è giudicata affidabile l'offerta presentata dalla I.S.S. Italia s.r.l.; il verbale del 9/4/2008 con cui sono state valutate le offerte economiche presentate, nonché il verbale del 7/4/2008 di valutazione dei progetti di gestione presentati dalle concorrenti;
- di ogni altro atto comunque connesso, consequenziale, anteriore e/o successivo.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Avvocatura Generale dello Stato per il Ministero della Difesa, e della società controinteressata I.s.s. Italia A. Barbato Srl;

Vista le memorie prodotte dalle parti;

Vista l'ordinanza collegiale n. 1054-c/2008 del 27.8.2008;

Vista l'ordinanza collegiale n. 1220/08 del 15 ottobre 2008;

Visti i motivi aggiunti depositati in data 27.10.2008-05.11.2008, per l'annullamento degli atti depositati in giudizio dall'Amministrazione intimata in adempimento all'ordinanza collegiale n. 1054-c/2008;
Vista l'ordinanza collegiale n. 5271/2008 del 12 novembre 2008;
Visti gli atti tutti della causa;
Alla Udienza Pubblica del 19 dicembre 2008, relatore il Consigliere Donatella Scala, ed uditi, altresì, l'avv. Lioi per parte ricorrente, e l'avv. Mazzola e Paolo Caruso, con delega dell'avv. Di Mattia, per la società controinteressata;
Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe, notificato in data 14 luglio 2008, e depositato il successivo 23 luglio, impugna la società Ma.Ca. s.r.l. tutti gli atti della procedura per l'affidamento dell'appalto di servizi accoglienza ospiti, pulizia e completa preparazione delle stanze e delle aree comuni, di assistenza all'attività di ristorazione e di sala, da prestare all'interno della Sala Convegno Sottufficiali "Lungara" del raggruppamento Logistico Centrale E.I., di cui al bando di gara a procedura ristretta, pubblicato su G.U.R.I. del 28 novembre 2007, alla stregua delle seguenti censure:

1) Motivo subordinato di illegittimità dell'intera procedura di gara. Violazione dell'art. 70, d. lgs. 12/4/2006, n. 163; inammissibilità dell'offerta presentata dalla controinteressata Iss Italia s.r.l.

Premesso di ritenere sussistente l'interesse strumentale della

ricorrente alla censura de qua, trattandosi di gara in cui, esclusa la deducente, è rimasta la sola aggiudicataria, lamenta la violazione dei termini di cui al comma 4, art. 70, d. lgs. 163/2006.

Lamenta, altresì, come illegittimamente sia stata ritenuta l'ammissibilità della domanda di partecipazione, dell'offerta economica e del progetto di gestione, tutti atti presentati dalla società controinteressata.

2) Violazione degli artt. 86 e ss. Del d. lgs. 163/2006, violazione della lex specialis, eccesso di potere per difetto di presupposti e di istruttoria, illogicità e contraddittorietà manifesta, difetto di motivazione.

Una volta aggiudicato l'appalto alla società ricorrente, illegittimamente sarebbe stata disposta la verifica di congruità dell'offerta dalla medesima presentata, e non risultata anomala, in spregio di chiara disposizione della lex specialis; inoltre, illegittimamente sarebbe stata ritenuta l'incongruità della stessa offerta, in assenza di motivazione al riguardo.

In particolare:

- a) quanto al Servizio di pulizia e preparazione delle stanze ed aeree comuni, voce ricavi, le considerazioni dell'Amministrazione si baserebbero esclusivamente su ragionamenti induttivi, e non sulle previsioni del disciplinare di gara;
- b) quanto al Servizio di assistenza all'attività di ristorazione e di sala, la contestazione mossa dalla stazione appaltante circa

la mancata comprensione del meccanismo di computo ai fini dello sconto da praticare, non avrebbe potuto comportare un giudizio di inaffidabilità dell'offerta, che rimarrebbe congrua in ragione del 3% dei ricavi sui prezzi indicati nel disciplinare;

- c) quanto all'inquadramento del personale da adibire all'attività di portineria e di ristorazione, le contestazioni mosse in relazione al costo orario previsto non avrebbero tenuto conto della possibilità di inquadramento del personale in questione con differenti formule, quali la formazione e lavoro, pure ammesse dal CCNL di riferimento, e dunque in livelli inferiori rispetto a quelli stimati applicabili.

La ricorrente, che lamenta la sottrazione di importante appalto di servizi di cui aveva ottenuto l'aggiudicazione, chiede, altresì, il risarcimento dei danni derivanti dalla illegittimità degli atti gravati.

Si sono costituite tanto l'intimata Amministrazione della Difesa, quanto la società controinteressata ISS Italia, frattanto aggiudicataria della gara in controversia, a seguito dell'esclusione dell'offerta presentata dalla società ricorrente.

Con l'ordinanza collegiale n. 1054-c/2008 del 27.8.2008 sono stati richiesti gli atti relativi al procedimento concluso con i gravati provvedimenti, cui ha fatto seguito, da parte della resistente Amministrazione, un copioso deposito documentale, rispettivamente, in data 23 settembre e 2 ottobre 2008,

comprendente, tra l'altro, copia del contratto frattanto sottoscritto con la aggiudicataria definitiva in data 26 giugno 2008.

Con rituali motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato, altresì, gli atti conosciuti a seguito del deposito documentale di controparte, deducendo:

- 1) Sulla busta "Giustificazione prezzi" presentata dalla società controinteressata, la violazione degli artt. 86 e 87 del d. lgs. 163/2006, violazione del bando di gara e della lettera di invito, del principio della par condicio tra concorrenti, eccesso di potere per erroneità e falsità dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, contraddittorietà ed illogicità manifesta, sviamento.
- 2) Sulle contestazioni mosse alla controinteressata e sul giudizio di congruità dell'offerta, la violazione degli artt. 86 e 87 del d. lgs. 163/2006, violazione del bando di gara e della lettera di invito, del principio della par condicio tra concorrenti, eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, contraddittorietà ed illogicità manifesta, sviamento.
- 3) Sulla tardività dell'invio della lettera di invito alla ricorrente, la violazione dell'art. 70, d. lgs. 163/2006.

Con l'ordinanza collegiale n. 1220/08 del 15 ottobre 2008, la Sezione, chiamata, altresì, a pronunciarsi sull'impugnativa, in corso di causa, del provvedimento prot. n. 21331 del 24.06.2007 con cui era stato negato l'accesso ad alcuni documenti relativi alla

procedura di gara, ha dato atto che, a seguito del deposito documentale operato dalla P.A. in adempimento di preciso ordine istruttorio, nessun concreto ed attuale interesse sussisteva in capo alla ricorrente con riferimento all'istanza originariamente formulata, eccezion fatta per la documentazione ancora non versata in atti, e, segnatamente, dell'atto da cui risultasse la data di invio della lettera di invito alla società controinteressata, di cui è stata, pertanto, ordinata l'esibizione in atti.

Con memoria conclusiva depositata in data 12 novembre 2008, la società ricorrente ha ulteriormente argomentato in merito alla già dedotta tardività dell'invio della lettera di invito, e sulla procedura che ha condotto al giudizio di congruità dell'offerta della ditta controinteressata.

La difesa erariale, con memorie depositate in data 25 ottobre e 8 novembre 2008, ha eccepito, per altrettanto, l'infondatezza dei diversi mezzi di censure da parte avversa introdotti.

La società controinteressata, con memorie difensive, depositate nelle date 10 novembre e 12 dicembre 2008, oltre ribadire le eccezioni di infondatezza di cui alla memoria di costituzione del 27 agosto 2008, ha specificamente controdedotto in merito alla censura di tardività dell'invio della lettera di invito, eccependo l'inaammissibilità dello stesso ricorso, per tardività dell'impugnativa proposta oltre i termini decadenziali, da computarsi dalla percezione della lesione lamentata, riconducibile al momento in cui è stata ricevuta la lettera di invito; e, comunque, la non applicabilità alla fattispecie in

esame dell'art. 70, d. lgs. 163/2006, di cui è lamentata ex adverso la violazione, in ragione della tipologia dell'appalto, da ricondursi, giusta art. 20, d. lgs. 163/2006, ai servizi elencati nell'allegato II B, stesso testo normativo.

Con nota depositata in data 10 dicembre 2008, la resistente Amministrazione ha fatto presente di non potere adempiere al residuale incombente istruttorio, non essendo stato restituito dell'Ente Poste Italiane l'avviso di ricevimento della raccomandata spedita alla ISS Italia; sul punto, la società ricorrente nulla ha addotto.

Alla pubblica udienza del 19 dicembre 2008, cui la trattazione nel merito della causa è stata fissata, ai sensi dell'art. 23 bis, legge 1034/1971, con l'ordinanza collegiale n. 5271/2008 del 12 novembre 2008, i difensori della parti costituite hanno insistito nelle rispettive richieste e conclusioni, ed il Collegio ha trattenuto la causa a sentenza.

DIRITTO

1. Il gravame verte sulla legittimità della procedura ristretta indetta dal Ministero della Difesa per l'affidamento di servizi suddivisi in tre aree di intervento - servizio accoglienza ospiti, servizio pulizia e completa preparazione delle stanze e delle aree comuni, servizio di assistenza all'attività di ristorazione e di sala - da prestare all'interno della Sala Convegno Sottufficiali "Lungara" del raggruppamento Logistico Centrale dell'Esercito Italiano.

La società ricorrente, originariamente aggiudicataria provvisoria

dell'appalto, da cui è stata poi esclusa per incongruità dell'offerta presentata, introduce molteplici mezzi di impugnativa tesi, invero, ad ottenere differenti risultati: con un primo gruppo di articolate censure contesta, infatti, le modalità di svolgimento della stessa procedura e la legittimità della partecipazione della società, seconda ed ultima ditta ammessa a partecipare, e risultata poi la finale aggiudicataria, chiedendo, pertanto, il travolgimento dell'intera procedura, allo scopo strumentale di una eventuale riedizione della gara; con un secondo gruppo di motivi, contesta la propria esclusione dalla gara, e chiede, pertanto, il risarcimento del danno per illegittima sottrazione di aggiudicazione.

2. Evidenti ragioni di ordine logico, inducono il Collegio ad esaminare, innanzitutto, il gruppo di censure di cui al punto 2 dell'atto introduttivo, con cui la società, titolare di offerta risultata la più vantaggiosa, si duole della propria esclusione dalla gara, tenuto conto dell'interesse principale alle stesse censure sotteso di sentirsi dichiarare l'illegittimità di tale esclusione a seguito della verifica della congruità dell'offerta.

2.1 Con riguardo alla censura con cui è dedotta l'illegittimità del sub procedimento volto a verificare la congruità dell'offerta, siccome non previsto dalla lex specialis di gara, ritiene il Collegio che la stessa non abbia giuridica consistenza, tenuto conto di quanto previsto dall'art. 86, comma 3, d. lgs. 163/2006, che attribuisce alla stazione appaltante la possibilità "*in ogni caso*", ovvero al di fuori dei casi previsti ai precedenti commi 1 e 2, in cui, invece, tale verifica è

senz'altro obbligata, di valutare la congruità *“di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”*.

Dagli atti di causa emerge, invero, che l'Amministrazione ha ritenuto di procedere in tal senso, ancorchè l'offerta della Maca non potesse essere ritenuta *ex lege* anomala, avendo rilevato che i prezzi posti a base di gara, come scontati dalla ricorrente, meritassero ulteriore accertamento in relazione alla remuneratività degli stessi in connessione con le soluzioni progettuali proposte, indicando specificamente i punti di criticità emersi.

Nessun rilievo, pertanto, può essere mosso sul punto alla resistente P.A., che ha congruamente motivato in ordine alle ragioni della attivazione di sub procedimento volto ad accertare l'effettiva consistenza dell'offerta risultata essere la migliore in relazione ai parametri indicati nel bando di gara, ma non sufficientemente credibile quanto a remunerabilità, al fine di soddisfare l'ineludibile esigenza di acquisire, previa verifica istruttoria degli elementi giustificativi dei ribassi offerti, una sufficiente, quanto soddisfacente dimostrazione dei dati sui quali la società ricorrente ha basato il prezzo offerto.

2.2 Passando all'esame dei singoli profili di illegittimità in ordine al giudizio di incongruità impugnato, il Collegio ritiene doveroso ribadire i principi consolidatisi in tema di sindacabilità del giudizio di congruità dell'offerta, che, come noto, costituisce espressione di discrezionalità tecnica propria della stazione appaltante.

Sulla scorta di un consolidato orientamento giurisprudenziale, ritiene il Collegio che è sottratto a questo giudice il merito delle valutazioni tecniche espresse dall'amministrazione in sede d'esame delle giustificazioni addotte dall'impresa partecipante ad una gara pubblica per l'appalto di servizi che sia titolare di offerta sospetta di anomalia, salvo il caso in cui tali valutazioni siano viziate da travisamento dei fatti o nel loro iter logico, sotto il profilo dell'illogicità e della contraddittorietà della stessa attività valutativa. (cfr., ex multis, Cons. di Stato, sez. V, 11 ottobre 2002, n. 5497)

Va pure aggiunto che, in linea generale, il sindacato giurisdizionale delle determinazioni amministrative riguardanti il giudizio di anomalia delle offerte non deve consistere nella integrale ripetizione delle operazioni valutative compiute dalla stazione appaltante, ma mira a verificare, nei limiti della domanda, la correttezza del procedimento e la ragionevolezza delle scelte conclusive. (cfr. da ultimo, Cons. di Stato, Sez. V, 18 settembre 2008, n. 4494)

In altri termini, il sub procedimento di verifica della congruità di un'offerta anomala, pure non sfuggendo, aprioristicamente, al sindacato del giudice amministrativo, che può verificare oltre alla correttezza dei profili estrinseci dell'attività tecnico-discrezionale, anche l'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo, non consente, per la sua natura intrinseca che il giudice possa sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'amministrazione.

Tanto precisato, non ritiene il Collegio che il negativo giudizio adottato dal seggio di gara in ordine alle giustificazioni addotte dalla società ricorrente presenti profili di inattendibilità, ovvero illogicità, come *ex adverso* dedotto.

Giova ricordare che l'appalto di servizi in controversia è stato suddiviso in tre principali macroaree;

- 1) servizio accoglienza ospiti;
- 2) servizio di pulizia e completa preparazione delle stanze e delle aeree comuni;
- 3) servizio di assistenza all'attività di ristorazione e di sala:

A mente degli atti di gara, per ogni macroarea è stata prevista l'assegnazione di un punteggio massimo, ulteriormente scomposto all'interno di ogni settore, in relazione sia alla componente economica che a quella qualitativa, previo apprezzamento dei progetti di gestione, ad eccezione del servizio di cui al punto 3, la cui valutazione è stata fondata esclusivamente sul prezzo più basso.

I criteri di valutazione dei progetti, onde graduare l'assegnazione dei relativi punteggi, sono stati poi predeterminati dalla commissione con verbale in data 14 marzo 2008.

All'esito delle operazioni di gara, relative alla attribuzione dei punteggi in relazione alla valutazione dei progetti di gestione e degli sconti economici offerti, l'appalto è stato aggiudicato, giusta verbale in data 9 aprile 2008, provvisoriamente alla Maca, che risultava avere totalizzato il punteggio complessivo più alto (p. 86,40 a fronte di p. 60, 52, ottenuti dalla ditta controinteressata) ma, come sopra

accennato, con riserva di accertamento di congruità dell'offerta in ragione delle perplessità emerse in ordine a talune soluzioni progettuali proposte ed, in particolare, relativamente, alla seconda e terza macro area.

Quanto al primo punto, la commissione ha apprezzato positivamente le soluzioni progettuali offerte dalla ricorrente in merito al servizio di pulizia e preparazione stanze ed aree comuni, alla stregua del preventivato costo del lavoro, in relazione al numero di addetti a tale servizio, ed ai differenti livelli professionali da impiegare a tali fini, ma ha ritenuto non remunerativa l'offerta, ritenendo non giustificabile il ricavo preventivato con considerazioni affatto presuntive, ma, al contrario, ancorate alle chiare disposizioni del disciplinare tecnico allegato al bando di gara.

Ha chiarito, invero, il seggio che il ricavo giornaliero preventivato dalla ricorrente è, in realtà, il frutto di una errata sovrastima, derivante da un non previsto cumulo di operazioni, che, invece, non sono da effettuarsi senz'altro quotidianamente, giusta quanto specificamente previsto dal disciplinare tecnico, ove le attività di "pulizia di una camera" e di "preparazione di una camera" sono considerate come attività diverse e non contestuali, in quanto le stesse sono richieste in relazione a distinti eventi. (cfr. in dettaglio i punti 2.2. e 2.3 del disciplinare tecnico)

Ritiene il Collegio che l'analisi dell'offerta della Maca, in parte qua, avrebbe potuto condurre ad un giudizio di congruità solo ove fosse emersa dalle giustificazioni fornite la possibilità di ottenere un utile

di impresa, tale da giustificare l'economicità, mentre, al contrario, i chiarimenti offerti dalla stessa impresa in merito allo scollamento tra costo complessivo e compenso massimo erogabile, tenuto conto dello sconto percentuale offerto, hanno evidenziato un costo preventivato del servizio pari ad € 732,84, a fronte di un ricavo massimo conseguibile di € 485,46, quale risultante tra i prezzi indicati nel disciplinare tecnico ed il ribasso offerto sugli stessi pari al 13%.

E' all'evidenza che se gli accertamenti istruttori in contraddittorio hanno dimostrato che non solo l'utile ipotizzato non sussiste, ma che l'offerta è addirittura in perdita, il giudizio finale di incongruità trova più che adeguata motivazione.

Conseguentemente appare priva di fondamento l'affermazione di parte ricorrente quanto a presupposizione errata o mera induttività del giudizio di non congruità, essendo emersa, invece, *per tabulas*, una rilevante differenza in perdita tra fattori economici, alla stregua di concrete e precise indicazioni derivanti dalla stessa lex di gara.

Già tale rilievo è di per sé idoneo a suffragare il giudizio impugnato, che è invece arricchito da altre considerazioni, di analogo tenore, tese ad escludere la possibile compensazione tra perdite in un determinata macro area ed i ricavi derivanti da altra.

Quanto, poi, alla terza macro area, relativa al servizio assistenza attività di ristorazione e di sala, la cui valutazione, come sopra accennato, è stata di carattere meramente economico, è condivisibile l'assunto dell'Amministrazione in base al quale lo

sconto offerto dalla ricorrente non ha tenuto in conto le modalità di formulazione dei prezzi massimi a base d'asta per fascia di servizio, che già tenevano in conto una maggiorazione pari al 5% di importi calcolati sulla base del costo medio orario della manodopera, giusta le vigenti tabelle ufficiali, di talché lo sconto percentuale in misura superiore allo stesso 5% (nella specie, pari all'8%) ha reso anomala l'offerta per infrazione del limite di legge.

Né convince la giustificazione sul punto offerta dalla ricorrente, che sostiene, ex post, come allo sconto dell'8%, andasse sommata la maggiorazione del 5%, non avendo ragionevole credibilità una modificazione sostanziale dello sconto offerto, una volta meglio compreso il meccanismo di calcolo, cui la medesima avrebbe dovuto da subito uniformarsi.

2.3 Le superiori considerazioni inducono il Collegio a ritenere prive di pregio le censure introdotte avverso il giudizio di congruità, da cui è scaturita, quale precipitato ineludibile, l'esclusione dell'offerta della società Maca.

Al rigetto della principale domanda di annullamento segue la reiezione della accessoria domanda risarcitoria per illegittima sottrazione di appalto, formulata dalla parte ricorrente, essendo preclusa, ai sensi dell'art. 35 del D. lgs. 31 marzo 1998, n. 80, ogni deliberazione in merito alla risarcibilità del danno in assenza di fondatezza della domanda principale.

3. Il collegio può ora affrontare le questioni di cui al punto 1 del ricorso introduttivo, ma aventi natura subordinata, siccome tese al travolgimento dell'intera procedura.

3.1 Devono essere esaminate, con priorità, le eccezioni sollevate dalla controinteressata, sotto il profilo della irricevibilità della censura di violazione dell'art. 70, d. lgs 163/2006, in quanto la percezione della lesione ad essa conseguente non potrebbe farsi risalire, *ex post*, alla esclusione della ricorrente dalla gara, ma andrebbe collocata già al momento del ricevimento della lettera di invito, di cui è lamentata la tardività della spedizione.

L'eccezione è infondata.

E' noto l'indirizzo giurisprudenziale, cui il Collegio aderisce, che, a far data dall'Adunanza Plenaria dl Consiglio di Stato n. 1/2003, ritiene che il bando di gara, normalmente impugnabile con l'atto applicativo conclusivo del procedimento concorsuale, deve essere considerato immediatamente impugnabile solo allorché contenga clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione.

Nel caso di specie, la tardiva spedizione della lettera di invito non ha impedito alla ricorrente di prendere parte alla gara, di talché l'interesse a far valere l'illegittimità procedimentale assume concreta consistenza a far data dal provvedimento che ha sanzionato negativamente la partecipazione alla stessa gara, aspirando la società, che non ha più titolo a parteciparvi utilmente, giusta quanto sopra affermato, alla riedizione del potere di aggiudicazione dello stesso servizio in esito a procedimento emendato da eventuali

irregolarità o illegittimità.

3. 2 Nemmeno può essere utilmente apprezzata l'eccezione sollevata in via subordinata da parte controinteressata, con la memoria d'udienza in data 12 dicembre 2008, secondo cui, nel caso di specie rileverebbe l'art. 20, d. lgs. 163/2006, che prevede, per gli appalti di servizi di cui all'elenco II B, nel cui novero andrebbe compreso anche l'appalto in controversia, la sola applicazione degli artt. 65, 68 e 225 dello stesso decreto legislativo, con esclusione, pertanto, dell'art. 70, di cui la ricorrente lamenterebbe, pertanto, inutilmente la violazione.

L'esame della *lex specialis* conduce, in modo univoco, a ritenere che la stazione appaltante ha applicato integralmente la normativa recata con il decreto legislativo 163 del 2006 all'appalto di cui è controversia, relativo, si ricorda, a tre differenti aree di intervento (pulizia, alberghiero, ristorazione): vedasi, al riguardo, le prescrizioni circa le modalità di aggiudicazione, le modalità di prestazione di cauzione, le modalità di presentazione dei documenti e dell'offerta, le modalità di svolgimento della gara, ecc.

In disparte la considerazione circa la fondatezza, o meno, del rilievo formulato dalla ditta controinteressata, e se, cioè, non si applichi la disciplina di cui al d. lgs. n. 163/06 all'appalto in controversia, siccome rientrante in settore da questa stessa disciplina escluso, l'eccezione non può certo riguardare, in modo chirurgico, la sola regola di cui all'art. 70, coinvolgendo, in realtà, l'intera procedura che si è svolta all'insegna delle norme dettate dal codice degli

appalti.

A tale rilievo consegue che l'eccezione, per potere formare oggetto di valutazione da parte del Collegio, avrebbe dovuto essere contenuta, non in semplice memoria d'udienza, ma in rituale ricorso incidentale, avverso la lettera di invito che, invece, prevede, in modo inequivocabile, l'applicabilità della ridetta normativa.

4. Quanto sopra premesso, risulta, nel merito, fondato il primo motivo di impugnazione, con cui si deduce la violazione dell'art. 70, comma 4, del d. lgs. n. 163 del 2006, che prevede: *“Nelle procedure ristrette, il termine per la ricezione delle offerte non può essere inferiore a quaranta giorni dalla data di invio dell’invito a presentare le offerte.”*

Nel caso di specie, pure essendo stato previsto con il bando di gara un termine congruo per l'invio delle lettere di invito, (entro il 17 gennaio 2008) in modo da consentire un utile margine temporale fino alla data ultima prevista per la presentazione delle offerte – fissata al 3 marzo 2008 – le lettere di invito sono state spedite il 21 gennaio 2008, e sono pervenute nella materiale disponibilità delle singole ditte partecipanti ancora successivamente; in particolare, la ricorrente ha ricevuto il documento in data 31 gennaio 2008, (cfr, doc 1, deposito dell'Amministrazione in data 2 ottobre 2008) oltre il termine di cui sopra.

In fatto, quindi, è accertato che tra la spedizione della lettera d'invito e il termine ultimo per la presentazione delle offerte

intercorre un termine inferiore ai 40 giorni, come prescritto dall'art. 70, comma 4, sopra citato.

Sostiene la società controinteressata l'infondatezza della censura in quanto alla fattispecie sarebbe applicabile l'art. 70, comma 7, che prevede la possibilità di riduzione del termine di 40 giorni nel caso in cui la stazione appaltante abbia pubblicato un "avviso di preinformazione".

La tesi non è condivisibile in fatto.

L'art. 70, comma 7, individua la possibilità di deroga ai termini di cui sopra, disponendo che le stazioni appaltanti che hanno pubblicato un avviso di preinformazione, si vedono ridotto, in tal caso, il termine minimo per la ricezione delle offerte nelle procedure aperte e ristrette, di norma, a trentasei giorni e comunque mai a meno di ventidue giorni, né a meno di cinquanta giorni se il contratto ha per oggetto anche la progettazione definitiva ed esecutiva. Tali termini ridotti decorrono dalla data di trasmissione del bando nelle procedure aperte, e dalla data di invio dell'invito a presentare le offerte nelle procedure ristrette, e sono ammessi a condizione che l'avviso di preinformazione a suo tempo pubblicato contenesse tutte le informazioni richieste per il bando dall'allegato IX A, sempre che dette informazioni fossero disponibili al momento della pubblicazione dell'avviso e che tale avviso fosse stato inviato per la pubblicazione non meno di cinquantadue giorni e non oltre dodici mesi prima della trasmissione del bando di gara.

Nel caso di specie, l'avviso avente consistenza di preinformazione non è stato pubblicato almeno 52 giorni prima della trasmissione del bando di gara, ma risulta inviato per la pubblicazione sulla G.U. in data 20 novembre 2007, contestualmente allo stesso bando di gara, di talchè la deroga ai termini di invio non è, in tal caso, utilmente invocabile. (cfr. doc. 6 del deposito erariale in data 23 settembre 2008)

Sostengono, ancora, le resistenti l'irrilevanza di tale superamento, atteso che la ricorrente è stata comunque in grado di confezionare l'offerta, risultando, peraltro, aggiudicataria provvisoria della gara.

Tale prospettazione non può essere condivisa, in disparte la considerazione che, giusta quanto sopra rilevato, l'offerta della ricorrente è risultata inaffidabile, perchè incongrua.

E' stato, invero condivisibilmente, osservato, che se il legislatore prescrive un termine minimo da lasciare ai concorrenti per la presentazione delle offerte, è perché essi possano formulare un'offerta ponderata ed idonea a conseguire l'aggiudicazione, e che, se il termine minimo viene violato dall'amministrazione che indice la gara, si deve presumere che il concorrente non abbia potuto presentare un'offerta sufficientemente ponderata; diversamente, la prescrizione legislativa del termine minimo verrebbe vanificata. (cfr. Cons di Stato, Sez. V, 1° marzo 2003, n. 1161)

Osserva il Collegio che la prescrizione di un intervallo minimo da lasciare ai concorrenti per la presentazione delle offerte risponde all'esigenza di consentire agli stessi di approntare la

documentazione che il bando richiede ai fini della qualificazione alla gara e di formulare un'offerta sufficientemente ponderata ed idonea a conseguire l'aggiudicazione.

Ne deriva che, qualora non ricorrano le condizioni di urgenza che possono consentire la riduzione del termine ordinario, come nel caso di specie, la stazione appaltante deve consentire un margine di tempo non inferiore a quello normativamente previsto – nella specie di quaranta giorni – per permettere ai concorrenti la presentazione di un'offerta, non solo valida ed adeguatamente documentata, ma anche potenzialmente suscettibile di conseguire l'aggiudicazione in quanto “economicamente più vantaggiosa”.

La violazione del suddetto limite temporale, posto a presidio, è bene rimarcarlo, non solo dell'interesse delle partecipanti ai pubblici appalti, ma anche dell'interesse pubblico dell'Amministrazione a ricevere offerte adeguatamente soppesate in relazione alle esigenze rappresentate con le norme concorsuali, incrina inesorabilmente i detti principi, a nulla rilevando eventuali considerazioni in fatto, spendibili solo ex post, circa l'irrilevanza nel caso concreto della abbreviazione dei termini.

In conclusione, il motivo di ricorso è fondato; a tanto consegue che tutti gli atti della procedura compiuti successivamente al tardivo invio della lettera di invito devono essere annullati.

5. La fondatezza di tale capo di impugnativa esime il Collegio dall'affrontare le altre questioni di legittimità, avanzate pure in via subordinata con l'atto introduttivo e con i motivi aggiunti, in quanto

ugualmente finalizzati, attraverso la declaratoria di illegittimità della aggiudicazione in capo alla controinteressata, alla caducazione dell'intera procedura per mancanza di altre imprese utilmente ammesse alla gara.

Ritiene il Collegio, peraltro, di precisare la portata della pronuncia di annullamento conseguente alla fondatezza della censura di cui sopra, tenuto conto che, nelle more del contenzioso, è stato stipulato il contratto con la ditta aggiudicataria, giusta atto del 26 giugno 2008.

5.1 E' ormai consolidato, anche nella giurisprudenza amministrativa, il principio secondo cui l'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione di una gara pubblica, non determina la automatica caducazione del contratto medio tempore stipulato, in quanto appartiene alla giurisdizione del Giudice ordinario, e non già a quella esclusiva del Giudice amministrativo, la decisione in ordine alla domanda volta ad accertare - con efficacia di giudicato - l'avvenuta caducazione del contratto d'appalto, a seguito dell'annullamento in s.g. dell'aggiudicazione della gara. (cfr. Cons. di Stato - Adunanza Plenaria - sentenza 30 luglio 2008, n. 9)

5. 2 L'oggetto dell'appalto in controversia ha riguardato, giusta quanto precisato nella lettera di invito, l'affidamento dei servizi ivi indicati per l'anno 2008, con termine, salvo nuova aggiudicazione negoziata, al 31.12.2008; il contratto con la ditta aggiudicataria è stato stipulato in data 26 giugno 2008.

Pertanto, tenuto conto che il contratto è stato già stipulato, e che il

rapporto è ormai in scadenza, dalla caducazione degli atti del procedimento per l'aggiudicazione dei servizi in questione deriva l'impossibilità per la resistente Amministrazione di avvalersi della stessa procedura sanzionata da illegittimità ai fini di eventuali rinnovi dei servizi stessi in capo alla società aggiudicataria; la stessa Amministrazione, ove ritenga la perdurante necessità degli stessi servizi anche in periodo successivo al 31 dicembre 2008, dovrà disporre una nuova gara emendata delle rilevate illegittimità, consentendo la presentazione di nuove offerte.

6. In conclusione, il ricorso, in parte deve essere respinto, ed, in parte, merita accoglimento; la reciproca soccombenza induce il Collegio a compensare integralmente le spese tra tutte le parti costituite.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Bis, in parte respinge, ed in parte accoglie, nei sensi di cui in motivazione il ricorso indicato in epigrafe, e, per l'effetto, annulla gli atti sopra specificati.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma il 19 dicembre 2008, in Camera di consiglio, con l'intervento dei sigg. magistrati:

Dott. Elia Orciuolo - Presidente

Dr.ssa Elena Stanizzi - Consigliere

Dr.ssa Donatella Scala

IL PRESIDENTE

- Consigliere, est.

L'ESTENSORE