

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 10/06/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29655-dall-accoglimento-dei-motivi-di-ricorso-discende-la-necessita-di-rinnovare-la-gara-in-modo-legittimo-e-che-ci-sarebbe-impossibile-se-il-contratto-gi-stipulato-rimanesse-efficace-l-inefficacia-del->

Autore: Lazzini Sonia

Dall'accoglimento dei motivi di ricorso discende la necessità di rinnovare la gara in modo legittimo, e che ciò sarebbe impossibile se il contratto già stipulato rimanesse efficace: l'inefficacia del contratto decorra dal momento in cui sarà individuato u

Tar Lombardia, Brescia, 27.05.2010 n. 2160

Dall'accoglimento dei motivi di ricorso discende la necessità di rinnovare la gara in modo legittimo, e che ciò sarebbe impossibile se il contratto già stipulato rimanesse efficace: l'inefficacia del contratto decorra dal momento in cui sarà individuato un nuovo aggiudicatario a seguito della riedizione della gara, alla quale, com'è ovvio, anche l'odierna parte controinteressata potrà partecipare in condizione di parità con gli altri aspiranti.

Poiché il presente ricorso è stato deciso dopo il 27 aprile 2010, ovvero dopo l'entrata in vigore della novella al d. lgs. 163/2010 di cui al d.lgs. 20 marzo 2010 n°53, questo Giudice deve ora esaminare le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione di cui sopra sulla sorte del contratto stipulato all'esito della gara fra l'amministrazione e la parte controinteressata, e ciò in particolare alla luce degli artt. 245, 245 bis e 245 ter del d. lgs. 163. Da un lato, si tratta di norme processuali, attinenti infatti secondo rubrica agli "strumenti di tutela", per le quali nel silenzio della legge vale il principio generale *tempus regit actum*; dall'altro lato, con il ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente ha chiesto in modo espresso che sulla sorte del contratto stesso questo Giudice adotti una pronuncia.

Ciò posto, il Collegio ritiene inapplicabile l'art. 245 bis del d. lgs. 163/2006, norma che prevede i casi nei quali l'inefficacia va di regola dichiarata, in dipendenza da violazioni particolarmente gravi della procedura di gara, che nella specie pacificamente non ricorrono.

16. E' invece applicabile il disposto dell'art. 245 ter del medesimo decreto, secondo il quale "il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza", e a tal fine opera un bilanciamento fra gli interessi delle parti in causa, tenendo conto in particolare della buona fede dell'interessato. Nel caso di specie, si deve allora rilevare che dall'accoglimento dei motivi di ricorso discende la necessità di rinnovare la gara in modo legittimo, e che ciò sarebbe impossibile se il contratto già stipulato rimanesse efficace. Il contemperamento fra gli interessi del ricorrente e quelli del

terzo è allora possibile stabilendo che l'inefficacia del contratto decorra dal momento in cui sarà individuato un nuovo aggiudicatario a seguito della riedizione della gara, alla quale, com'è ovvio, anche l'odierna parte controinteressata potrà partecipare in condizione di parità con gli altri aspiranti.

La gara stessa dovrà essere rinnovata secondo le scadenze meglio indicate in dispositivo, e tenendo conto dell'effetto conformativo della pronuncia di annullamento.

Segnatamente, il bando originario sarà tenuto per fermo, mentre la commissione di gara dovrà essere nuovamente nominata nel rispetto dell'art. 84 del d. lgs. 163/2006, e dovrà motivare i propri giudizi anche in forma discorsiva, spiegando in base a quali criteri attribuisce i punteggi numerici.

Deve infine darsi atto che la pronuncia di cui sopra assorbe la domanda di risarcimento del danno, la quale era volta in via principale, come risulta in epigrafe, appunto ad ottenere la riedizione della gara.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 2160 del 27 maggio 2010 pronunciata dal Tar Lombardia, Brescia

**N. 02160/2010 REG.SEN.
N. 00007/2010 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 la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 7 del 2010, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Ricorrente. Snc, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Bezzi, con domicilio
eletto presso Domenico Bezzi in Brescia, via Cadorna, 7;

contro

Comune di Rogno, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Di Lascio, Saul
Monzani, con domicilio eletto presso T.A.R. Segreteria in Brescia, via Malta, 12;

nei confronti di

Stefano Controinteressato, rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Capelli, con
domicilio eletto presso T.A.R. Segreteria in Brescia, via Malta, 12; Cesare
Controinteressato due, Michele Controinteressato tre;

per

(A – ricorso principale)

l'annullamento, previa adozione di misura cautelare,
della nota 23 ottobre 2009 prot. n°6233, con la quale il Comune di Rogno ha
comunicato alla ricorrente l'aggiudicazione provvisoria a Stefano Controinteressato
della gara indetta per la concessione della gestione del laghetto denominato "Gere
Due";

dei verbali di gara in data 7, 13, 14 e 21 ottobre 2009;

della determinazione 6 ottobre 2009 n°224, di nomina della commissione
giudicatrice;

dell'avviso pubblico 7 settembre 2009, con il quale è stata indetta la gara in
questione;

di tutti gli atti presupposti, collegati e conseguenti, ivi incluso anche il provvedimento di aggiudicazione definitiva, ove nelle more adottato;

nonché

(B – ricorso per motivi aggiunti)

per l'annullamento ovvero declaratoria di inefficacia ovvero nullità ovvero caducazione

del contratto 27 novembre 2009 n°728 rep. Segretario comunale di Rogno, stipulato fra l'amministrazione comunale di Rogno ed i signori Controinteressato, Controinteressato tre e Controinteressato due, quali rappresentanti della Lago di Rogno S.n.c., contratto avente ad oggetto la gestione del laghetto denominato "Gere Due", dell'area limitrofa e delle relative strutture;

nonché, in ogni caso, per la condanna

dell'amministrazione resistente al risarcimento del danno in forma specifica mediante l'indizione di nuova gara ed in subordine per equivalente, nella misura di giustizia;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Rogno e di Stefano Controinteressato;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 aprile 2010 il dott. Francesco Gambato Spisani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Indetta dal Comune bergamasco di Rogno –giusta avviso pubblico del 7 settembre 2009- gara per affidare con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa

la concessione decennale della gestione di un laghetto, denominato “Gere Due” e sito in territorio comunale, dell’area limitrofa e delle strutture ivi insistenti, risultava aggiudicatario con 95 punti su 100 Stefano Controinteressato, “in qualità di referente per l’amministrazione comunale, associato ad altri soggetti privati non ancora costituitisi in impresa”, ovvero agli altri due odierni controinteressati Cesare Controinteressato due e Michele Controinteressato tre; tutti costoro davano poi vita alla Lago di Rogno S.n.c., dichiarata aggiudicataria definitiva come da determinazione comunale 25 novembre 2009 n°256; in qualità di legali rappresentanti della stessa società sottoscrivevano infine con l’amministrazione comunale il relativo contratto di gestione, atto 27 novembre 2009 n°728 rep. del Segretario comunale di Rogno (doc. 1 ricorrente, copia bando di gara; doc. 7 ricorrente, copia atto aggiudicazione provvisoria, dal quale la citazione; doc. 8 ricorrente, copia verbali di gara; la graduatoria è contenuta nel verbale 21 ottobre 2009; doc. 5 Comune, copia aggiudicazione definitiva; doc. 3 controinteressati, copia contratto).

Avverso tale esito di gara, propone impugnazione la Ricorrente S.n.c., classificatasi settima con 49 punti su 100 nella stessa (doc. 8 ricorrente, cit.), la quale ha notificato il 22 dicembre 2009 ricorso articolato in tre motivi, volti a provocare una riedizione completa della procedura:

- con il primo di essi, premesso in fatto che a mente del citato avviso pubblico del 7 settembre 2009 alla procedura si dichiarava applicabile “per quanto compatibile, la disciplina del... d. lgs. 163/2006” (doc. 1 ricorrente, cit. p. 2 § 6), deduce violazione dell’art. 84 di detto decreto, per avere la commissione giudicatrice compreso un “membro esterno”, certo arch. Marco A., nominato senza rispettare la norma citata, ovvero senza dare atto nel provvedimento della carenza di adeguate professionalità nell’organico dell’amministrazione e senza attingere da

una rosa di candidati previamente designati dall'ordine professionale competente (doc. 5 ricorrente, copia nomina commissione);

- con il secondo motivo, deduce violazione degli articoli 34, 39, 41, 42 e 143 del medesimo d. lgs. 163/2006, in quanto da dette norme si evincerebbe che alle gare pubbliche come quella per cui è causa possono partecipare soltanto soggetti, ancorché persone fisiche, dotati di idonei requisiti tecnici e professionali, nonché di capacità economica e finanziaria adeguata all'oggetto di gara. Tale previsione non sarebbe stata rispettata nella specie, dato che a dire della ricorrente gli aggiudicatari sarebbero persone fisiche prive di qualsiasi requisito del tipo richiesto;

- con il terzo motivo, deduce infine violazione dell'art. 83 sempre del d. lgs. 163/2006. In proposito, premette in fatto che il bando di gara prevede di attribuire all'offerta tecnica un massimo di 50 punti, ripartiti in quote uguali in due voci, costituite dalla "qualità del progetto tecnico" e dalla "qualità della gestione e delle modalità di erogazione dei servizi"; ripartisce poi ognuna delle due voci descritte in una serie di sottocriteri, per i quali è assegnabile un punteggio massimo. In particolare il bando attribuisce, per la prima voce, cinque punti ciascuna per le sottovoci "qualità architettonica dell'opera", "valore economico delle opere proposte" e "sostenibilità ambientale"; attribuisce quattro punti per il "valore estetico dell'intervento" e tre punti ciascuna per le sottovoci "ricettività della struttura" e "abbattimento delle barriere architettoniche"; il bando stesso attribuisce ancora, per la seconda voce, sei punti per la "diversificazione dei servizi", cinque per la "promozione turistica e marketing", quattro ciascuna per le sottovoci "manutenzione dell'area e interventi finalizzati all'arredo urbano e alla riqualificazione" e tre ciascuna per le sottovoci "creazione occupazione" e "benefici per residenti ovvero categorie protette superiori allo sconto minimo obbligatorio del 10%" (doc. 1 ricorrente, cit. p. 7). Tutto ciò premesso, la

ricorrente censura l'attribuzione dei punteggi in quanto operata dalla commissione con il solo punteggio numerico, senza alcuna motivazione discorsiva a corredo, e secondo criteri a suo dire illogici.

Con il ricorso per motivi aggiunti, notificato il 9 marzo 2010, la ricorrente ha esteso i suddetti motivi all'impugnazione del contratto, stipulato nei termini di che sopra, e con memoria 23 aprile 2010 ha ribadito le proprie argomentazioni.

Hanno resistito il Comune di Rogno, con memorie 11 gennaio e 23 aprile 2010, e i controinteressati, con memoria 14 gennaio 2010, chiedendo che il ricorso sia respinto e osservando, in particolare:

- quanto al primo motivo, che l'arch. Marco A. non si potrebbe propriamente considerare "membro esterno" della commissione, trattandosi del presidente della commissione comunale per il paesaggio, istituita ai sensi dell'art. 81 della l.r. Lombardia 12/2005 (cfr. memorie Comune pp. 3-4 e 2-5 e doc. 2 Comune, copia nomina);
- quanto al secondo motivo, che il bando, ai punti 3 e 7, prevede che ogni partecipante, comprese le persone fisiche, in quanto tali certo legittimate a concorrere, debba avere congrui requisiti di capacità tecnica e professionale (cfr. memorie Comune pp. 8-10 e 5-7, memoria controinteressati e doc. 1 ricorrente cit. pp. 2 e ss.);
- quanto al terzo motivo, che la motivazione soltanto mediante punteggio numerico sarebbe nella specie ammissibile (cfr. memorie Comune pp. 10-fine e 7-fine).

Rinunciata la domanda cautelare alla camera di consiglio del 14 gennaio 2010, all'udienza del giorno 29 aprile 2010 la Sezione tratteneva la causa in decisione.

DIRITTO

1. Il primo motivo di ricorso, attinente l'illegittimità della nomina del membro esterno della commissione di gara, il citato arch. A., è fondato e va accolto. Va

premessato che, come si è detto in narrativa, la normativa di cui al d. lgs. 163/2006 è stata dall'amministrazione dichiarata applicabile alla gara per cui è causa in sede di bando, e quindi va senz'altro seguita in forza del principio dell'autovincolo, come affermato fra le molte da C.d.S. sez. V 11 luglio 2008 n°3436.

2. Sul punto specifico della nomina della commissione, si deve allora seguire il disposto dell'art. 84 del citato d. lgs. 163/2006, che per quanto qui interessa prevede: “Quando la scelta della migliore offerta avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione è demandata ad una commissione giudicatrice, che opera secondo le norme stabilite dal regolamento [comma 1]... La commissione è presieduta di norma da un dirigente della stazione appaltante e, in caso di mancanza in organico, da un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali, nominato dall'organo competente [comma 3]... I commissari diversi dal presidente sono selezionati tra i funzionari della stazione appaltante. In caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, i commissari diversi dal presidente sono scelti tra funzionari di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 25, ovvero con un criterio di rotazione tra gli appartenenti alle seguenti categorie a) professionisti, con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali; b) professori universitari di ruolo, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dalle facoltà di appartenenza [comma 8]...”.

3. In tali termini, secondo la giurisprudenza, la norma configura il ricorso a commissari esterni come sussidiario, e quindi in certa misura eccezionale: richiede che la stazione appaltante dia specificamente atto nel provvedimento di nomina della commissione del presupposto richiesto dalla norma -ovvero della mancanza nel proprio “organico” di professionalità idonee- e comunque limita anche in tal

caso la discrezionalità della p.a., in quanto prevede in modo tassativo le categorie entro le quali i membri esterni possono essere nominati: così ad esempio TAR Lazio Roma sez. III 21 novembre 2008 n°10565 e, più di recente, C.d.S. sez. IV 31 marzo 2010 n°1830.

4. Sempre la giurisprudenza citata ritiene poi che la norma sia volta a garantire l'imparzialità della commissione incaricata di valutare le offerte, e quindi, in ultima analisi, un principio fondamentale delle gare come quello della parità fra i concorrenti; si tratta in altre parole, come sottolineato dalla citata TAR Lazio Roma sez. III 21 novembre 2008 n°10565, di norma di rilievo procedimentale, ma non formalistico, che prescinde come tale “da ogni considerazione circa la specifica professionalità, competenza e serietà dei soggetti in concreto nominati”, ma che, ove violata, vizia in modo irrimediabile l'esito finale della procedura.

5. Tutto ciò premesso, alla luce della funzione di garanzia espressa dalla norma, il Collegio ritiene che il presupposto della sua applicazione, ovvero la carenza in “organico” della stazione appaltante di professionalità idonee, vada interpretato in modo strettamente aderente alla lettera della norma, che appunto impiega il termine “organico” sia al comma 3 che al comma 8. Com'è noto, il termine in questione rinvia alla pianta organica, ovvero a quel provvedimento che per una data amministrazione determina in via preventiva il numero e le qualifiche del personale che vi è addetto stabilmente, ovvero dei funzionari ad essa legati da rapporto di pubblico impiego; pertanto, il ricorso a professionalità esterne sarà da ritenere ammissibile solo in mancanza di funzionari in tal modo qualificati.

6. Applicando tali principi al caso di specie, il Collegio ritiene che la nomina della commissione giudicatrice della gara per cui è causa effettuata con la determinazione 6 ottobre 2009 n°224 sia avvenuta in violazione dell'art. 84 in esame. In primo luogo, la stessa lettera del provvedimento di nomina è esplicita nel voler ricorrere a “professionalità interne ed esterne” e nel configurare, in

particolare, l'arch. A. come "esperto esterno" (doc. 5 ricorrente, cit.): per ciò solo, stante il ricordato autovincolo alle norme del d. lgs. 163/2006, l'amministrazione avrebbe dovuto, in coerenza, procedere alla nomina nelle forme dell'art. 84.

7. In secondo luogo, la necessità di rispettare l'art. 84 rimane ferma anche considerando quanto valorizzato nelle difese del Comune, ovvero la qualità, non contestata, di presidente della Commissione paesaggio rivestita dall'arch. A.. La Commissione comunale in parola è infatti organo previsto dall'art. 81 della l.r. Lombardia 11 marzo 2005 n°12 e dalla normativa di attuazione di cui alla D.G.R. 6 agosto 2008 n°7977, con funzioni consultive in tema di atti abilitativi edilizi che interessino l'ambiente; le norme regionali di attuazione, in particolare, evidenziano la necessità che i suoi membri siano scelti, fra soggetti con particolare preparazione in materia, sulla base di "candidature", configurandoli così come funzionari onorari e non già come dipendenti dell'ente.

8. E' invece infondato il secondo motivo di ricorso, attinente il presunto vizio del bando derivante dall'ammissione a partecipare alla gara di persone fisiche non ancora organizzate in impresa. In via generale, i soggetti legittimati a partecipare alle pubbliche gare come quelle per cui è causa sono quelli individuati dall'art. 34 del d.lgs. 163/2006, ovvero "gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative" ed i consorzi fra costoro. Le relative nozioni, peraltro, vanno desunte dalla normativa europea, di cui il d. lgs. 163/2006 è com'è noto attuazione, e in particolare dall'art. 1 comma 8 della direttiva 2004/18 CE, per cui "i termini 'imprenditore', 'fornitore' e 'prestatore di servizi' designano una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi". A sua volta, la giurisprudenza della Corte di giustizia UE interpreta la nozione di imprenditore in modo assai ampio: con la recente sentenza della sez. IV 23 dicembre 2009 C-305/08 CONISMA- ha allargato il concetto

anche a “soggetti che non perseguono un preminente scopo di lucro, non dispongono della struttura organizzativa di un'impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato”; nella specie, si trattava di una università, ma il principio è senza dubbio applicabile anche al caso di specie, concernente come si è detto persone fisiche non ancora organizzate quali imprenditori.

9. Altra cosa è ovviamente la necessità che i partecipanti ad una pubblica gara dispongano della capacità tecnica ed economica necessaria ad eseguire il contratto che ne è oggetto, capacità che, a ben vedere, non si può presumere sempre e in assoluto nemmeno per imprenditori o società commerciali già operanti: essa andrà comunque verificata, né il bando in esame omette di richiederla: si vedano in proposito gli articoli 3 e 7 di esso, già citati in premesse (doc. 1 ricorrente, cit.).

10. E' da ultimo fondato il terzo motivo di ricorso, attinente alla metodologia in concreto seguita dalla Commissione di gara nel valutare le offerte, e consistita, come ricordato in premesse, nella mera attribuzione di un punteggio numerico a ciascuno degli elementi valorizzati dal bando (doc. 8 ricorrente, cit., verbale del 14 ottobre). In proposito è noto l'orientamento, condiviso da questo Giudice, secondo il quale nelle procedure di gara, come quella per cui è causa, in cui il criterio di aggiudicazione sia non automatico perché non dipendente da un mero calcolo aritmetico, si può valutare l'offerta tecnica attribuendo “un mero punteggio numerico” se il bando di gara fissa in via preventiva “criteri sufficientemente dettagliati” i quali individuino il “punteggio minimo e massimo attribuibile alle specifiche singole voci e sottovoci comprese nel paradigma di valutazione e costituenti i diversi parametri indicatori della valenza tecnica dell'offerta”; in tal caso infatti “ciascun punteggio è correlato ad un parametro tecnico-qualitativo precostituito, in grado di per sé di dimostrare la logicità e la congruità del giudizio tecnico espresso dalla commissione”: così TAR Lazio Roma sez. I ter 4 novembre

2009 n°10828, ma in termini del tutto simili anche C.d.S. sez. V 9 dicembre 2008 n° 6115 e, nella giurisprudenza di questo TAR, sez. I 9 dicembre 2008 n° 1727.

11. Nel caso di specie, tale criterio non risulta rispettato. Gli elementi valorizzati dal bando corrispondono, come si è detto in narrativa, a concetti assai ampi: “qualità architettonica dell’opera”, “valore economico delle opere proposte” e “sostenibilità ambientale”, “valore estetico dell’intervento”, “ricettività della struttura”, “abbattimento delle barriere architettoniche”, “diversificazione dei servizi”, “promozione turistica e marketing”; “manutenzione dell’area e interventi finalizzati all’arredo urbano e alla riqualificazione”; “creazione occupazione” e “benefici per residenti ovvero categorie protette superiori allo sconto minimo obbligatorio del 10%”. A tale proposito, un semplice punteggio numerico non consente di ricostruire in modo immediato e non opinabile perché una data offerta sia stata preferita ad un'altra, soprattutto, ma non esclusivamente, ove non esistano, come nel caso del “valore estetico” e della “qualità architettonica”, parametri di valutazione universalmente accettati, tali da non dovere esser resi espliciti.

12. A riprova, è condivisibile il rilievo svolto dalla ricorrente alle pp. 11-13 del ricorso, là dove si censura la favorevole valutazione del progetto dei controinteressati, i quali si propongono di valorizzare la balneazione nel laghetto, ovvero una attività allo stato ivi vietata (cfr. doc. ti 3 e 4 ricorrente, ordinanza di divieto e immagini dei cartelli relativi). Sicuramente è possibile, in termini del tutto astratti, impostare un valido progetto di attività balneari per un sito ove al momento le stesse sono vietate; sta però di fatto che il valore di tale progetto non può essere espresso da un semplice punteggio numerico favorevole, dovendosi spiegare per quali ragioni la circostanza del divieto si ritiene superabile ovvero ininfluenza.

13. Tutto ciò premesso, la domanda di annullamento va accolta limitatamente agli atti, meglio indicati in dispositivo, con i quali è stata nominata la commissione, nonché svolta ed aggiudicata la gara; va invece respinta, in ragione della reiezione del secondo motivo, quanto al bando della gara stessa, ovvero all'avviso pubblico 7 settembre 2009; da ultimo va evidentemente dichiarata inammissibile con riguardo alla nota 23 ottobre 2009 prot. n°6233, di comunicazione dell'esito di gara, che è atto endoprocedimentale privo di autonoma attitudine lesiva (per il conforme principio generale in tema di impugnazione dell'esito di gara, v. C.d.S. sez. V, 26 maggio 1997 n° 567).

14. Poiché il presente ricorso è stato deciso dopo il 27 aprile 2010, ovvero dopo l'entrata in vigore della novella al d. lgs. 163/2010 di cui al d.lgs. 20 marzo 2010 n°53, questo Giudice deve ora esaminare le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione di cui sopra sulla sorte del contratto stipulato all'esito della gara fra l'amministrazione e la parte controinteressata, e ciò in particolare alla luce degli artt. 245, 245 bis e 245 ter del d. lgs. 163. Da un lato, si tratta di norme processuali, attinenti infatti secondo rubrica agli "strumenti di tutela", per le quali nel silenzio della legge vale il principio generale *tempus regit actum*; dall'altro lato, con il ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente ha chiesto in modo espresso che sulla sorte del contratto stesso questo Giudice adotti una pronuncia.

15. Ciò posto, il Collegio ritiene inapplicabile l'art. 245 bis del d. lgs. 163/2006, norma che prevede i casi nei quali l'inefficacia va di regola dichiarata, in dipendenza da violazioni particolarmente gravi della procedura di gara, che nella specie pacificamente non ricorrono.

16. E' invece applicabile il disposto dell'art. 245 ter del medesimo decreto, secondo il quale "il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza", e a tal fine opera un bilanciamento fra gli interessi delle parti in causa, tenendo conto in particolare

della buona fede dell'interessato. Nel caso di specie, si deve allora rilevare che dall'accoglimento dei motivi di ricorso discende la necessità di rinnovare la gara in modo legittimo, e che ciò sarebbe impossibile se il contratto già stipulato rimanesse efficace. Il contemperamento fra gli interessi del ricorrente e quelli del terzo è allora possibile stabilendo che l'inefficacia del contratto decorra dal momento in cui sarà individuato un nuovo aggiudicatario a seguito della riedizione della gara, alla quale, com'è ovvio, anche l'odierna parte controinteressata potrà partecipare in condizione di parità con gli altri aspiranti. La gara stessa dovrà essere rinnovata secondo le scadenze meglio indicate in dispositivo, e tenendo conto dell'effetto conformativo della pronuncia di annullamento. Segnatamente, il bando originario sarà tenuto per fermo, mentre la commissione di gara dovrà essere nuovamente nominata nel rispetto dell'art. 84 del d. lgs. 163/2006, e dovrà motivare i propri giudizi anche in forma discorsiva, spiegando in base a quali criteri attribuisce i punteggi numerici.

17. Deve infine darsi atto che la pronuncia di cui sopra assorbe la domanda di risarcimento del danno, la quale era volta in via principale, come risulta in epigrafe, appunto ad ottenere la riedizione della gara.

18. La novità delle questioni decise è giusto motivo per compensare le spese. Comportando peraltro la presente pronuncia l'accoglimento delle domande della ricorrente, il Comune intimato va condannato a rifondere il contributo unificato in quanto soccombente, ai sensi dell'art. 13 comma 6 bis T.U. 115/2002.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione staccata di Brescia, definitivamente pronunciando, così provvede:

a) accoglie in parte la domanda di annullamento, e per l'effetto annulla la determinazione del Comune di Rogno 25 novembre 2009 n°256, di aggiudicazione della gara indetta per la concessione della gestione del laghetto denominato "Gere

- Due”, i verbali della gara stessa di data 7, 13, 14 e 21 ottobre 2009 e la determinazione 6 ottobre 2009 n°224, di nomina della commissione giudicatrice;
- b) dichiara inammissibile la domanda di annullamento della nota 23 ottobre 2009 prot. n°6233, di comunicazione dell’esito di gara;
 - c) respinge la domanda di annullamento dell’avviso pubblico 7 settembre 2009, con il quale è stata indetta la gara in questione;
 - d) dichiara inefficace ai sensi dell’art. 245 ter del d. lgs. 163/2006 il contratto 27 novembre 2009 n°728 rep. Segretario comunale di Rogno, stipulato in esito alla gara predetta fra l’amministrazione comunale di Rogno ed i signori Controinteressato, Controinteressato tre e Controinteressato due, quali rappresentanti della Lago di Rogno S.n.c., contratto avente ad oggetto la gestione del laghetto denominato “Gere Due”, dell’area limitrofa e delle relative strutture;
 - e) dispone che l’inefficacia medesima decorra dal momento in cui sarà individuato un nuovo aggiudicatario;
 - f) prescrive che il Comune di Rogno indichi nuova gara per la gestione medesima entro 60 giorni dalla comunicazione o notificazione della sentenza integrale contenente il presente dispositivo e la motivazione, e che il Comune stesso proceda a nominare nuova commissione giudicatrice nel rispetto dell’art. 84 del d. lgs. 163/2006 e concluda il relativo procedimento nel termine di sessanta giorni dalla scadenza di quello previsto per presentare le domande;
 - g) dà atto che la suddetta declaratoria di inefficacia assorbe la domanda di risarcimento del danno
 - h) compensa le spese di lite fra le parti e condanna il Comune di Rogno a rifondere alla ricorrente il contributo unificato.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 29 aprile 2010 con l'intervento dei Signori:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Primo Referendario

Francesco Gambato Spisani, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/05/2010

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

IL SEGRETARIO