

# REPUBBLICA ITALIANA

N.4520/08 REG.DEC.

## IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 5378 REG:RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione  
ha pronunciato la seguente

ANNO 2007

### DECISIONE

sul ricorso in appello n. 5378/2007, proposto da CEMUSA  
– Corporazione Europea de Mobiliario Urbano s.a., in persona  
del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'Avvocato  
Prof. Mario Alberto Quaglia, ed elettivamente domiciliata presso  
il suo studio in Roma, Via Carducci, n. 4.

### CONTRO

l'Azienda Trasporti Milanesi (ATM) S.p.A., in persona del  
legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'Avvocato  
Maurizio Zoppolato ed elettivamente domiciliata presso il suo  
studio, in Roma, Via del Mascherino, n. 72.

IGP Decaux S.r.l., in persona del legale rappresentante,  
rappresentata e difesa dall'Avvocato Andrea Manzi ed  
elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, Via  
Confalonieri, n. 5.

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per  
la Lombardia, Sezione Terza, 8 maggio 2007, n. 2580.

*Visto* il ricorso con i relativi allegati;

*Visto* l'atto di costituzione in giudizio della parte appellata;

*Esaminate* le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

*Visti* tutti gli atti di causa;

*Relatore* alla pubblica udienza del 15 aprile 2008, il Consigliere Marco Lipari;

*Uditi* gli avv.ti Quaglia, D'Ambrosio per delega di Zoppolato, e Manzi come da verbale di udienza;

*Ritenuto e considerato* in fatto e in diritto quanto segue:

### *FATTO*

1. La sentenza impugnata ha respinto i ricorsi proposti dall'attuale appellante, per l'annullamento dei provvedimenti, adottati dall'A.T.M. – Azienda Trasporti Milanesi S.p.A. (di seguito: “ATM”), concernenti l'aggiudicazione, alla IGP Decaux S.r.l. (di seguito “IGP”) del contratto per lo sfruttamento, degli spazi pubblicitari sulle pensiline di fermata esistenti e di futura installazione, comprensivo della fornitura di nuove pensiline o della sostituzione di quelle esistenti, con il sistema della procedura negoziata a trattativa multipla.

2. La parte appellante ripropone le censure disattese dal tribunale. Le società appellate resistono al gravame

### *DIRITTO*

1. La CEMUSA – Corporazione Europea de Mobiliario Urbano s.a. (di seguito “CEMUSA”) contesta i provvedimenti adottati dall'A.T.M. – Azienda Trasporti Milanesi S.p.A. (di seguito: “ATM”), concernenti l'aggiudicazione, alla IGP Decaux

S.r.l. (di seguito “IGP”) della concessione di gestione ed utilizzo degli spazi pubblicitari.

2. Con bando di gara pubblicato dal 21 aprile 2004, l’Azienda Trasporti Milanese s.p.a. – A.T.M. (di seguito, ATM) ha sollecitato gli operatori del settore a manifestare formalmente il proprio “interesse allo sfruttamento degli spazi pubblicitari sulle pensiline di fermata esistenti e di futura installazione, comprensivo della fornitura di nuove pensiline o sostituzione delle pensiline esistenti”. Tanto al fine della stipula, “tramite negoziazione di tipo privatistico”, di un contratto che prevede, da parte dell’operatore privato, la sostituzione delle pensiline di fermata sulla rete autofilotramviaria di Milano, la fornitura di nuove e la manutenzione di quelle installate, nonché la corresponsione di un canone in favore di ATM; il tutto, a fronte del diritto di sfruttare gli spazi pubblicitari sulle pensiline.

I requisiti per l’ammissione alla selezione sono stati successivamente precisati con nota pubblicata l’11 maggio 2004.

3. Avverso i menzionati atti la Cemusa s.a. (di seguito, Cemusa), intenzionata a partecipare alla procedura, ha adito il competente TAR Lombardia con ricorso, contraddistinto dal numero 3057/2004, successivamente integrato da due atti di motivi aggiunti, diretti a censurare, rispettivamente, la lettera di invito e la nota ATM n. 1284 del 30 marzo 2005.

4. Il primo ricorso è stato deciso dalla III Sezione del T.A.R. della Lombardia con la sentenza n. 2306, pubblicata in

data 22 maggio 2005, che ha in parte dichiarato inammissibili per carenza di interesse ed in parte respinto le censure dedotte. Detta sentenza è poi stata confermata dalla decisione della Sezione 1 agosto 2007, n. 4270.

Frattanto, Cemusa, che ha partecipato con tempestiva offerta alla procedura, ha impugnato la nota n. 3668 del 4 maggio 2005, con cui l'ATM aveva comunicato all'interessata l'impossibilità di indicare numero e nominativi dei concorrenti, sino alla conclusione della procedura, precisando che *“l'apertura dei plichi, salva diversa autonoma e libera determinazione della Commissione, non è previsto che avvenga in seduta pubblica.”*

5. All'esito della gara informale, IGP si collocava al primo posto della graduatoria, con il punteggio totale di 76,8 punti, mentre Cemusa si classificava al secondo posto, con 73,5 punti.

Cemusa impugnava anche tale determinazione, con altro ricorso, poi integrato da motivi aggiunti.

6. La sentenza impugnata ha respinto, nel merito, anche tale ricorso. Con l'atto di appello, Cemusa contesta la decisione di reiezione, riproponendo e sviluppando le censure disattese dal tribunale.

7. Con un primo gruppo di motivi, l'appellante deduce l'illegittimità delle operazioni di gara, perché le attività della commissione concernenti l'apertura delle buste contenenti le

offerte tecniche ed economiche si sono svolte in seduta segreta e non pubblica.

La tesi dell'appellante è incentrata su una pluralità di argomenti, concernenti la natura pubblica della società ATM (ascrivibile alla categoria degli organismi di diritto pubblico), la portata generale del principio di pubblicità delle operazioni di gara, ritenuto applicabile anche alle procedure negoziate svolte nell'ambito dei settori speciali; la natura del contratto oggetto dell'affidamento, riconducibile alla categoria del contratto misto di servizi.

**8.** La censura è infondata.

È pacifico che nessuna specifica prescrizione della *lex specialis* di gara imponesse di procedere all'apertura delle buste in seduta pubblica.

Si tratta di stabilire, allora, se esista un'apposita norma o un principio generale, applicabile alla procedura selettiva in contestazione, che prescriva l'inderogabile assoggettamento a pubblicità delle operazioni di gara.

Al riguardo, la Sezione ha chiarito, con la decisione 1 agosto 2007, n. 4270, che il contratto in questione deve essere qualificato come *concessione* di un pubblico servizio e non come appalto per l'acquisizione di una fornitura o di un servizio erogati in favore dell'amministrazione.

Ne deriva che, nel caso di specie, non trovano diretta applicazione le puntuali regole di derivazione comunitaria

riguardanti l'aggiudicazione dei contratti pubblici, ma solo i principi generali dell'ordinamento comunitario.

Tra questi si deve considerare anche quello relativo alla pubblicità e alla trasparenza delle procedure selettive. Nel contesto della disciplina comunitaria, peraltro, il riferimento alla pubblicità, peraltro, assume un significato ben preciso e circoscritto, non coincidente con quello elaborato nel diritto interno. Esso non indica l'obbligo della stazione appaltante di consentire la fisica presenza alle operazioni di gara dei rappresentanti di tutti i concorrenti, ma prescrive a ciascuna amministrazione di rendere nota la propria intenzione di procedere all'assegnazione della concessione, permettendo a tutti i soggetti interessati di partecipare alla selezione,

A ciò va aggiunto che la procedura in esame presenta le caratteristiche proprie della *procedura negoziata* ("negoziata di natura privatistica", secondo l'articolo 7 del bando), regolata, anche in virtù delle esplicite previsioni contenute nel bando di gara, dal decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158 e dal decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, ma solo "*limitatamente alle norme espressamente richiamate*".

Inoltre, la procedura in contestazione si è svolta secondo il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Secondo un indirizzo interpretativo condivisibile, il principio della pubblicità delle operazioni di gara è

legittimamente derogabile nei casi di procedure disciplinate da criteri valutativi non automatici.

Non giova all'appellante, il richiamo all'articolo 89 del regolamento di contabilità di Stato, di cui al r.d. n. 827/1924. Infatti, tale disposizione non si applica direttamente all'ATM, attesa la sua natura giuridica di società affidataria del servizio di trasporto pubblico locale, a nulla rilevando la circostanza che essa possa qualificarsi, nella presente vicenda, come "organo indiretto" del comune di Milano, o assuma la fisionomia dell'organismo di diritto pubblico.

Dette qualificazioni personali sono importanti, ma solo al diverso scopo di chiarire che le procedure svolte dall'ATM per la stipulazione di contratti o per l'assegnazione di servizi pubblici (per conto e nell'interesse del comune di Milano) sono attratte nell'ambito del perimetro soggettivo di applicazione della normativa europea in materia di contratti.

Senza dire, poi, che l'articolo 89 del regolamento di contabilità di Stato concerne, letteralmente, solo le aste pubbliche e le licitazioni private, senza estendersi alla trattativa privata. È dubbio, quindi, che tale disposizione esprima un principio generale dell'ordinamento nazionale, assolutamente inderogabile.

L'appellante rileva che l'esigenza di massima trasparenza correlata al principio di pubblicità delle operazioni di gara mira a garantire il corretto svolgimento della procedura, anche con

riferimento alla determinazione dei criteri di valutazione delle offerte tecniche prima della conoscenza del loro esatto contenuto.

Ma, nel caso di specie, i verbali della commissione evidenziano che il seggio di gara ha svolto le operazioni nel modo più corretto, procedendo dapprima alla fissazione dei criteri di valutazione, poi all'apertura delle offerte tecniche e alla loro valutazione e, infine, all'apertura delle buste recanti le offerte economiche.

È appena il caso di osservare, poi, che la particolare fisionomia della procedura negoziata seguita dall'ATM attenua l'esigenza di accertare che la determinazione dei criteri di valutazione delle offerte sia compiuta dalla commissione prima della conoscenza dei contenuti delle offerte tecniche ed economiche.

Pertanto, la pronuncia del tribunale risulta pienamente condivisibile, perché si è correttamente attenuta al consolidato orientamento giurisprudenziale, in virtù del quale le procedure negoziate svolte nell'ambito dei settori speciali non sono sottoposte alle regole della pubblicità delle sedute.

**9.** La Sezione ha rilevato, recentemente, che l'ordinamento non regola in modo espresso e puntuale la pubblicità delle operazioni di gara, nei settori dei servizi pubblici e nei settori speciali. Anche il codice dei contratti pubblici e dei lavori (non applicabile, direttamente, alla presente vicenda, ma pure rilevante per la sua attitudine a determinare il riassetto della

legislazione vigente) demanda al futuro regolamento di attuazione la disciplina delle modalità di funzionamento della commissione di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

**10.** Il quadro normativo vigente contiene alcune previsioni, non recenti, riguardanti l'obbligo della pubblicità nelle gare svolte secondo il sistema della licitazione privata con il criterio del prezzo più basso (articolo 89 del regolamento generale di contabilità di Stato, di cui al r.d. 23 maggio 1924, n. 827). Da ciò deriva l'argomento, spesso sviluppato dagli interpreti, secondo cui, al di fuori di tale ambito, non esisterebbe un obbligo incondizionato di assicurare la pubblicità di tutte le fasi di svolgimento delle operazioni della commissione di gara.

**11.** Sul versante comunitario, il principio generale della trasparenza delle amministrazioni è certamente enunciato con enfasi, ma, nella sua ampiezza e generalità, esso indica una regola che attiene, nel complesso, alla esigenza di definire preventivamente le modalità di valutazione delle offerte e di garantire, ex post, la leggibilità delle decisioni assunte dalla stazione appaltante.

Non esiste alcuna regola espressa (e nemmeno pronunce della Corte di Giustizia) che si spingano ad affermare l'obbligo incondizionato delle stazioni appaltanti di assicurare sempre (anche nelle ipotesi di procedure con il criterio dell'offerta

economicamente più vantaggiosa) la pubblicità della fase di apertura dell'offerta economica.

**12.** Per quanto riguarda il diritto interno, poi, i generali principi di trasparenza e partecipazione dell'attività amministrativa, stabiliti dalla legge n. 241/1990 e, in alcuni casi, da particolari leggi di settore (a partire dai lavori pubblici), non si accompagnano alla previsione di regole che impongano, in modo costante e inderogabile, la verificabilità immediata delle operazioni compiute dall'amministrazione.

**13.** Senza dire, poi, che, sotto rilevanti profili, nel sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la segretezza di alcune fasi è imposta dalla stessa necessità di permettere la maggiore serenità di giudizio della commissione di gara.

E non è nemmeno trascurabile il rilievo che, in ogni caso, anche il valore della trasparenza amministrativa deve essere opportunamente coordinato con l'esigenza di evitare inopportuni aggravamenti del procedimento, ora vietati dall'articolo 1 della legge n. 241/1990.

**14.** Con un secondo gruppo di motivi, l'appellante ripropone le censure relative alla correttezza delle valutazioni operate dalla commissione di gara e alla legittimità dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche.

L'appello contesta sia la determinazione dei pesi relativi dei punteggi riferiti alle singole voci, sia la concreta determinazione dei punteggi alle due concorrenti.

Anche questa parte dell'appello è priva di fondamento.

Va premesso, in termini generali, che la valutazione dell'amministrazione si è svolta in conformità ai criteri predeterminati nel bando, pur tenendo conto dei notevoli margini di flessibilità consentiti nell'ambito della particolare procedura negoziata seguita.

Non emergono, quindi, evidenti errori logici, né travisamenti delle circostanze di fatto che hanno influito sulla corretta formazione del giudizio finale cui è pervenuto l'amministrazione.

In sede di giudizio, quindi, il sindacato giurisdizionale non può spingersi fino al rinnovo integrale delle operazioni valutative compiute dall'amministrazione.

Nel caso di specie, comunque, il tribunale ha dato esauriente e convincente risposta a tutte le contestazioni sviluppate dalla ricorrente, con una motivazione che resiste alle critiche formulate con l'atto di appello, sostanzialmente riproduttive dell'originario ricorso di primo grado.

Ciò chiarito, la Sezione esamina, sinteticamente, i singoli profili di censura articolati dalla parte interessata, senza ripercorrere, nel dettaglio, le analitiche considerazioni sviluppate dalla parte appellante, che prospettano, in larga misura, una

rivalutazione, di merito, del giudizio formulato dalla commissione di gara.

**15.** Anzitutto, Cemusa lamenta l'irrazionalità del punteggio, pari a tre punti su dieci, relativo al sottocriterio "tecnologie pubblicitarie adottate".

La censura è priva di pregio, considerando l'evidente interesse della stazione appaltante a premiare anche il mezzo tecnologico utilizzato per effettuare la pubblicità.

**16.** L'appellante contesta, poi, la ragionevolezza del sottocriterio "pannello informative linee", per cui la commissione ha previsto il punteggio massimo di 5 punti, assegnandone 3 a Cemusa e 5 a IGP.

Il motivo è infondato, perché, come correttamente evidenziato dal tribunale, si tratta di un dato particolarmente significativo nella valutazione complessiva dell'offerta.

**17.** L'appellante deduce, ancora, l'illegittimità e l'irragionevolezza dei punteggi concretamente attribuiti alle imprese concorrenti.

Si lamenta, anzitutto, l'erroneità dell'identica valutazione, pari a 2 punti, per il sottocriterio "materiali – pensilina". Secondo l'appellante, la commissione di gara non ha considerato che il materiale offerto da IGP (ferro zincato) è oggettivamente di qualità inferiore al materiale proposto da Cemusa (acciaio inox e alluminio).

La censura è infondata. Il giudizio tecnico espresso dalla Commissione risulta pienamente convincente nella parte in cui evidenzia la sostanziale equivalenza qualitativa dei materiali offerti dalle due concorrenti.

**18.** L'appellante contesta il punteggio relativo al sottocriterio "pensiline – finiture". A IGP è stato attribuito 1 punto, a fronte di 0,5 punti ottenuti da Cemusa, "per la presenza di una serigrafia e la possibilità di adattamento a pendenze del terreno". A dire dell'appellante tale circostanza non rappresenta un elemento di maggior pregio architettonico, ma pregiudica la visibilità delle persone.

Per analoghe ragione, a dire dell'appellante, è errata l'attribuzione dello stesso punteggio, di tre punti, per il sottocriterio "visibilità delle persone".

Il motivo è infondato. Anche in questo caso, il giudizio tecnico espresso dalla commissione non evidenzia alcuna palese illogicità, come diffusamente spiegato dalla sentenza appellata.

**19.** L'appellante lamenta anche i punteggi (0,8 per Cemusa e 1 per IGP) riguardanti il sottocriterio "pensilina-impianto elettrico".

La censura è priva di pregio, considerando la sua genericità e l'assenza di un'analitica comparazione tra le due offerte in gara, tale da far emergere la lamentata irragionevolezza.

**20.** L'appellante contesta, ancora, il punteggio riguardante il sottocriterio "sistema di videosorveglianza e

videoregistrazione e pulsante SOS” (Cemusa 1 punto; IGP 2 punti).

La censura non ha pregio. La commissione di gara ha razionalmente valutata la maggiore capacità di memoria del sistema offerto da IGP, considerando meno rilevante la caratteristica tecnica della “cartuccia estraibile” presentata da Cemusa.

**21.** L'appellante lamenta, ancora, l'erroneità del punteggio relativo al sottocriterio “pannello informativo – linee” (Cemusa punti 3; IGP punti 2).

La censura è infondata. La Commissione ha correttamente valorizzato la maggiore capacità (93 caratteri contro 63) dell'offerta della Cemusa. Né può assumere rilievo la circostanza che solo in un secondo momento Cemusa abbia modificato la propria offerta, proponendo un pannello a 5 righe, anziché a 3.

**22.** L'appellante, poi, deduce l'erroneità dell'attribuzione dei punteggi relativi al sottocriterio “servizi igienici e chioschi” (Cemusa punti 2 e IGP 1 punto).

Il motivo è privo di pregio.

La riscontrata inadeguatezza dell'altezza dei chioschi dell'offerta IGP è stata adeguatamente sanzionata mediante l'assegnazione di 1 solo punto a fronte dei 2 attribuiti a Cemusa. Non vi è ragione di ritenere che il punteggio avrebbe dovuto essere pari a zero.

**23.** L'appellante sostiene l'erroneità dei punteggi relativi al criterio "articolazione del piano di manutenzione proposto, con particolare riguardo al sottocriterio "piano di manutenzione – pulizia e sanificazione".

Il motivo è privo di pregio. La stazione appaltante ha puntualmente chiarito che l'attribuzione di 4 punti su 5 dipende dalla mancata indicazione delle periodicità di manutenzione e alle modalità di intervento sui chioschi.

**24.** L'appellante censura l'attribuzione dei punteggi relativi sottocriterio "Ergonomia, architettura, illuminazione, comfort, livello di protezione atmosferica" (Cemusa punti 1 e IGP punti 4).

La censura è infondata. La commissione ha diffusamente spiegato le ragioni che hanno condotto alla valutazione positiva di alcuni elementi dell'offerta IGP, giustificando le scelte tecniche compiute.

**25.** L'appellante contesta il punteggio relativo al sottocriterio "piano di manutenzione: sistemi elettronici e tecnologici.

La censura è infondata. La commissione ha chiaramente evidenziato che il maggiore punteggio attribuito a IGP (5 punti contro 2) dipende dal differente grado di completezza, precisione ed esaustività delle informazioni inserite nella proposta tecnica.

**26.** Con altro motivo, l'appellante contesta il punteggio attribuito per i servizi aggiuntivi, nelle sue diverse articolazioni.

La censura è infondata. Anche in questa parte, le scelte dell'amministrazione relativa alla attribuzione dei pesi relativi dei punteggi e alla loro concreta assegnazione risultano perfettamente logiche e adeguatamente motivate.

**27.** L'appellante contesta anche il punteggio relativo alla voce "tempi di realizzazione per le prime 1000 pensiline".

A dire dell'appellante, la commissione, nell'attribuire il punteggio a IGP ha considerato erroneamente i tempi di 8,5 mesi, anziché di 9 mesi.

Peraltro, anche accogliendo la prospettiva dell'appellante, l'esito complessivo della gara non muterebbe, perché, in base all'applicazione matematica dei criteri di valutazione dei punteggi, a IGP avrebbero dovuto essere assegnati 6,20 punti, anziché 6,60: una differenza di 0,40 punti, ininfluenza sulla formazione della graduatoria.

**28.** Infine, l'appellante lamenta che l'offerta di IGP non sia stata sottoscritta da entrambi i legali rappresentanti dell'ATI, in tutte le sue componenti.

La censura è priva di pregio. Nessuna disposizione della *lex specialis* di gara prescrive tale adempimento, a pena di esclusione delle offerte.

**29.** Inoltre, secondo l'appellante, sarebbe violata la prescrizione che imponeva di redigere l'offerta in lingua italiana, in quanto alla dichiarazione sostitutiva resa dal rappresentante

dell'impresa JC Decaux s.a. risulta allegata la sola fotocopia in lingua francese del passaporto del firmatario.

La censura è destituita di fondamento, in quanto la dichiarazione sostitutiva è diversa dall'offerta, la quale risulta redatta regolarmente in lingua italiana.

**30.** In definitiva, quindi, l'appello deve essere respinto.

**31.** Le spese possono essere compensate.

PER QUESTI MOTIVI

**Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge** l'appello, compensando le spese;

*ordina* che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 15 aprile 2008, con l'intervento dei signori:

EMIDIO FRASCIONE - Presidente

CLAUDIO MARCHITIELLO - Consigliere

MARCO LIPARI - Consigliere Estensore

ANIELLO CERRETO - Consigliere

VITO POLI - Consigliere

L'estensore Il Presidente

f.to Marco Lipari

f.to Emidio Frascione

Il Segretario

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

19/09/2008

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

**P. Il Direttore della Sezione**

**f.to Livia Patroni Griffi**

