



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia Sezione staccata di Brescia ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 1155/2001, proposto da

MEGABYTE spa,

rappresentata e difesa dall'Avv. Alberta Fioretti con domicilio presso la Segreteria della Sezione in Brescia via Malta 12;

contro

COMUNE DI MILANO,

in persona del Sindaco, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dagli Avv. Maria Rita Surano, Maria Teresa Maffey ed Elisabetta D'Auria, con domicilio presso la Segreteria della Sezione in Brescia via Malta 12;

per l'annullamento

del bando di gara n. 3263.500/2001 del 4 settembre 2001, con il quale è stata indetta una gara pubblica mediante licitazione privata per la fornitura di apparecchiature informatiche e unità accessorie da destinare agli uffici della Polizia municipale per un importo complessivo IVA esclusa di lire 625.000.000 (€ 322.785,56);

con domanda di risarcimento danni.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle proprie difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato quale relatore alla pubblica udienza del 5 dicembre 2003 il dott.

Mauro Pedron;

Uditi i difensori delle parti;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Il Comune di Milano con bando n. 3263.500/2001 del 4 settembre 2001 ha indetto una gara pubblica mediante licitazione privata per la fornitura di apparecchiature informatiche e unità accessorie da destinare agli uffici della Polizia municipale per un importo complessivo IVA esclusa di lire 625.000.000 (€ 322.785,56). Quale disciplina applicabile è stato richiamato il Dlgs. 24 luglio 1992 n. 358.

A pag. 7 e 8 il bando precisava che sarebbero state prese in considerazione solo offerte aventi ad oggetto server e personal computer di determinate marche, oppure offerte relative a server e personal computer prodotti da società con certificazione ISO 9001 aventi una penetrazione complessiva sul mercato italiano nel quadriennio 1997-2000 di almeno 700.000 unità per quanto riguarda i personal computer e di almeno 25.000 unità per quanto riguarda i server.

Con ricorso notificato il 24 ottobre 2001 e depositato il 16 novembre 2001 la ricorrente ha impugnato il bando e gli atti conseguenti, compresa la futura aggiudicazione. Il ricorso censura il bando sotto i seguenti profili:

a) violazione dell'art. 8 comma 6 del Dlgs. 358/1992, che non consente l'introduzione nelle clausole di contratto di specifiche tecniche riguardanti

prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza;

b) sproporzione dei requisiti per la partecipazione, in quanto la necessità che siano stati venduti sul mercato italiano nel quadriennio 1997-2000 almeno 700.000 personal computer o almeno 25.000 server implicherebbe il possesso di un fatturato pari a circa 3.520 volte l'importo della gara.

Per quanto riguarda il danno, la ricorrente ha chiesto un risarcimento pari ad almeno il 10% dell'importo a base di gara sostenendo di avere subito una perdita di *chance* in conseguenza delle clausole del bando, le quali di fatto le impediscono la partecipazione.

Con ordinanza n. 851 del 30 novembre 2001 il Tribunale ha negato la sospensione cautelare del provvedimento impugnato, in considerazione della necessità per il Comune di individuare dei fornitori in grado di offrire materiale di livello tecnico adeguato.

La ricorrente ha poi partecipato alla gara offrendo computer e server con il proprio marchio Megabyte, non compreso tra quelli indicati nel bando. La commissione di gara ha pertanto chiesto informazioni alla ricorrente circa le vendite sul mercato italiano nel quadriennio di riferimento dei prodotti commercializzati con questo marchio. Preso atto che il quantitativo di prodotti venduti era inferiore a quello richiesto dal bando la commissione nella riunione del 5 marzo 2002 ha escluso la ricorrente dalla gara. La fornitura è stata poi aggiudicata alla società Computer Sharing spa con determinazione dirigenziale n. 161 del 26 settembre 2002, ed è stata interamente eseguita.

Il comune di Milano si è costituito in giudizio contestando le argomentazioni e le richieste della ricorrente.

All'udienza del 5 dicembre 2003 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è rivolto contro la previsione del bando che ammette alla gara per la fornitura di materiale informatico solo i concorrenti in grado di offrire personal computer e server di determinate marche oppure prodotti da società con certificazione ISO 9001 aventi una penetrazione complessiva sul mercato italiano nel quadriennio 1997-2000 di almeno 700.000 unità per quanto riguarda i personal computer e di almeno 25.000 unità per quanto riguarda i server.

1. Il Comune resistente eccepisce in primo luogo la carenza di interesse della ricorrente, in quanto la stessa non ha impugnato con motivi aggiunti l'aggiudicazione permettendo in questo modo il consolidamento dell'esito della gara. Il rilievo si basa sulla giurisprudenza che nel caso di clausole del bando immediatamente lesive della partecipazione alla gara ritiene necessario sia il radicamento dell'interesse attraverso la presentazione di una domanda di partecipazione sia l'estensione del giudizio ai controinteressati (CS VI Sez. 11.2.2002 n. 785). Si deve tuttavia considerare che altra giurisprudenza ritiene sufficiente l'impugnazione dell'atto presupposto, in quanto per effetto dell'annullamento gli atti consequenziali subiscono la caducazione automatica (CS V Sez. 14.4.2000 n. 2237). Nel caso in esame sembrano rilevanti due circostanze. Da un lato la ricorrente ha articolato la propria domanda chiedendo l'annullamento dell'intera procedura di gara e solo in subordine delle clausole viziate, dall'altro ha comunque esteso la domanda di annullamento a tutti gli atti della procedura, in quel momento solo eventuali, compresa l'aggiudicazione.

L'obiettivo principale perseguito mediante il ricorso è quindi la fissazione di nuove regole di gara all'interno di una procedura rinnovata. Ne consegue che per radicare l'interesse al ricorso non sarebbe stata neppure necessaria la presentazione dell'offerta, essendo contestata in radice la possibilità di condurre la gara sulla base delle regole originarie. La posizione dei controinteressati non è messa in discussione sulla base di circostanze interne alla gara, ma a causa del contenuto delle disposizioni che regolano sia la partecipazione dei concorrenti sia la composizione delle offerte. Queste censure introducono un vincolo relativo a tutta la gara, e quindi non sembra necessario che siano ribadite nei confronti di ogni singolo atto della procedura o che vengano estese ai soggetti che progressivamente nelle varie fasi acquistano delle aspettative nei confronti dell'Amministrazione. In definitiva i controinteressati "sopravvenuti" non aggravano la posizione del ricorrente quando quest'ultimo non ha specifici motivi di censura contro i nuovi atti dell'Amministrazione.

Conseguentemente l'eccezione di improcedibilità non può essere condivisa.

2. Per quanto riguarda il primo motivo di impugnazione il Comune resistente evidenzia che il Consiglio di Stato con sentenza n. 7050 del 18 dicembre 2002 si è pronunciato su un caso simile fornendo importanti elementi per l'interpretazione dell'art. 8 comma 6 del Dlgs. 358/1992.

La ricorrente sostiene che il bando di gara prevedendo la fornitura di prodotti di marche particolari violerebbe la suddetta norma. Secondo il Comune invece l'indicazione di prodotti particolari sarebbe giustificata dalle esigenze degli uffici comunali (sotto tre profili: possibilità di interconnessione in rete dei computer e delle altre strumentazioni,

affidabilità dei prodotti a garanzia della continuità del servizio reso dalla Polizia municipale, disponibilità di ricambi nel periodo di assistenza di 36 mesi previsto dal capitolato speciale). Inoltre l'indicazione delle marche dei prodotti sarebbe legittima in quanto attenuata dalla possibilità di offrire altri prodotti purché realizzati da società con forte presenza sul mercato italiano (e quindi considerate affidabili dai consumatori).

Tenendo conto delle osservazioni della citata sentenza n. 7050/2002 la soluzione adottata dal Comune appare giustificata. Le esigenze degli uffici comunali poste alla base della limitazione delle marche di prodotti accettate nella procedura di gara sono ragionevoli in quanto finalizzate a garantire lo svolgimento di funzioni pubbliche in condizioni di efficienza. L'utilizzazione del marchio come parametro di qualità, pur non essendo una giustificazione sempre idonea a superare il divieto di indicazione della marca dei prodotti, può essere tuttavia una scelta accettabile quando non è l'unico elemento su cui si fonda la gara. Al riguardo infatti o si dimostra che solo un determinato prodotto soddisfa le esigenze dell'Amministrazione (come è espressamente consentito dall'art. 8 comma 6 del Dlgs. 358/1992) oppure si può presumere che prodotti con un certo marchio diano prova di affidabilità, ma si deve allora consentire che a questi se ne aggiungano altri ugualmente affidabili in base a criteri diversi dal marchio. La diffusione sul mercato del prodotto può costituire un criterio idoneo, o come si esprime la sentenza n. 7050/2002 un "canone di apprezzabile prudenza", pur in un settore in rapida evoluzione come quello informatico. In effetti il periodo di presenza sul mercato preso in considerazione dal Comune (quadriennio 1997-2000) è piuttosto ampio, ma questa circostanza ha due conseguenze

che nel caso in esame risultano positive: da un lato aumenta i prodotti ammessi e quindi il numero dei fornitori che possono partecipare alla gara, dall'altro giustifica il numero elevato di unità di prodotto necessarie per dimostrare la presenza sul mercato del produttore (700.000 per quanto riguarda i personal computer e 25.000 per quanto riguarda i server).

Il primo motivo di impugnazione deve essere quindi respinto.

3. Con il secondo motivo la ricorrente sostiene che i requisiti di partecipazione sono sproporzionati, in quanto un produttore (diverso da quelli espressamente indicati nel bando) che volesse fornire i propri computer e server dovrebbe avere un fatturato pari a circa 3.520 volte l'importo della gara.

In proposito occorre precisare che il bando al punto B4 chiede per la partecipazione alla gara un volume d'affari annuo medio calcolato sul triennio 1998 – 2000 pari a lire 1.950.000.000 (€ 1.007.090,95). Il punto B5 fissa inoltre dei limiti minimi alle forniture nel triennio in questione. Distinti dai requisiti di partecipazione sono i volumi di vendita dei produttori di personal computer e server, presi in considerazione nel bando per accertare l'affidabilità dei prodotti. Il sistema individuato dal Comune per stabilire i predetti volumi di vendita (media delle vendite sul mercato italiano, nel quadriennio di riferimento, dei primi 10 produttori con alcune motivate esclusioni) sembra ragionevole in relazione alla finalità di indirizzare le offerte verso prodotti affidabili e compatibili. In concreto questo sistema permette di inserire nell'offerta anche prodotti di società che coprono quote limitate del mercato. Poiché il bando si rivolge ai fornitori, i quali possono rifornirsi presso i produttori con cui hanno i migliori rapporti,

l'impostazione della gara appare corretta. Il produttore che non raggiunge le soglie di vendita previste dal bando non potrà presentare i propri prodotti ma in quanto fornitore potrà comunque comporre un'offerta con prodotti di altra marca. Le sopra evidenziate ragioni di pubblico interesse circa la qualità della fornitura consentono all'Amministrazione di limitare in questo modo le offerte formulate dai piccoli produttori.

4. Essendo il ricorso infondato nel merito non vi sono i presupposti per esaminare la richiesta di risarcimento danni. Occorre peraltro rilevare che la perdita della possibilità di partecipare alla gara non può essere automaticamente equiparata alla perdita dell'aggiudicazione e dunque la richiesta della ricorrente avrebbe dovuto essere integrata da una puntuale dimostrazione del danno subito.

Il ricorso deve essere quindi respinto. Le spese seguono la soccombenza e possono essere quantificate nell'importo di € 4.000 oltre agli oneri di legge.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia Sezione staccata di Brescia, definitivamente pronunciando, respinge il ricorso in epigrafe. Respinge conseguentemente anche la domanda di risarcimento danni.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in € 4.000 oltre agli oneri di legge.

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

Così deciso, in Brescia, nella camera di consiglio del 5 dicembre 2003, con l'intervento dei Signori:

Francesco Mariuzzo - Presidente

Gianluca Morri - Giudice

Mauro Pedron

- Giudice relatore est.

NUMERO SENTENZA	427 / 2004
DATA PUBBLICAZIONE	09 - 04 - 2004