

as/

REPUBBLICA ITALIANA

N.1243/03 R.G.R.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 313 Reg. Sent.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DELLA LIGURIA

ANNO 2004

- SEZIONE SECONDA -

nelle persone dei Signori:

Raffaele Prosperi Presidente f.f.

Sergio Fina Consigliere, rel. ed est.

Luca Morbelli Referendario

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 1243/2003 R.G.R., proposto da ATC Azienda Trasporti
Consorziali di Bologna s.p.a., in persona del suo presidente, rappresentato e
difeso dagli Avv. Chiara Alvisi e Paolo Berlingieri, ed elettivamente
domiciliato presso il secondo in Genova, Via Roma, n. 10/2;

- ricorrente -

C O N T R O

la Provincia di La Spezia, in persona del Presidente in carica, rappresentato
e difeso dagli avv. L. Montarsolo e R. Rubino ed elettivamente domiciliati
in Genova, P.zza Corvetto, n. 2/7;

- resistente -

e nei confronti di

ATC s.p.a. di La Spezia, in persona del suo presidente, rappresentato e
difeso dagli Avv. Giovanni Bormioli e Gerolamo Taccogna, ed
elettivamente domiciliato presso il primo in Genova, P.zza Dante, n. 9/14;

- controinteressato -

./.

ATC s.p.a. di La Spezia in proprio e quale Rappresentante ATI, in persona del suo presidente, rappresentato e difeso dagli Avv. Giovanni Bormioli e Gerolamo Taccogna, ed elettivamente domiciliato presso il primo in Genova, P.zza Dante, n. 9/14;

- ricorrente incidentale -

per l'annullamento

degli atti di costituzione e nomina della Commissione aggiudicatrice, ivi compresa la determinazione dirigenziale Area 10, n. 26 del 15.1.2003;

degli atti con i quali l'ATI di cui è mandataria ATC di La Spezia è stata dichiarata aggiudicataria della gara;

nonché di ogni altro atto presupposto, preparatorio, connesso e/o conseguente ed in particolare del bando e della lettera d'invito e del capitolato speciale, nella parte in cui stabiliscono i criteri di ammissione dei concorrenti e i criteri d'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

per il risarcimento

in forma specifica o altrimenti per equivalente monetario di tutti i danni conseguenti ai suddetti illegittimi atti;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi alla pubblica udienza del 26.02.2004, relatore il consigliere Sergio Fina, l'Avv. C. Alvisi per l'azienda ricorrente, l'avv. L. Montarsolo per l'intimata amministrazione e l'avv. G. Bormioli per l'azienda controinteressata;

Ritenuto e considerato quanto segue:

FATTO

A conclusione di una gara di appalto condotta con il metodo della procedura ristretta ai sensi dell'art.12/2°c lett.b) D.lgs.158/1995, veniva disposta l'aggiudicazione in favore dell'ATI di cui è mandataria controinteressata l'ATC di La Spezia.

Contro la suddetta determinazione e gli altri atti del procedimento, compresi l'atto di nomina della Commissione di gara, il bando e la lettera d'invito, l'azienda ricorrente propone ricorso e deduce i seguenti motivi:

1. Violazione e falsa applicazione dell'art.89 del R.D.n 827/1924 e successive modificazioni;
2. Eccesso di potere per sviamento;
3. Violazione e falsa applicazione dell'art.21 della L. n. 109/1994 e successive modifiche; eccesso di potere per sviamento e violazione del principio d'imparzialità;
4. Eccesso di potere per violazione del principio d'imparzialità sotto altro profilo;
5. Eccesso di potere per contraddittorietà, errore di fatto e difetto di motivazione.

Veniva proposto dalla controinteressata ricorso incidentale con il quale si rileva la violazione della

lettera d'invito e del capitolato speciale; eccesso di potere per difetto d'istruttoria, di presupposti e di motivazione, contraddittorietà.

Si costituiva la resistente amministrazione opponendosi al ricorso e chiedendone la declaratoria d'inammissibilità e il rigetto nel merito.

Alla pubblica udienza del 26.3.2004 il ricorso è stato assunto in decisione.

DIRITTO

Sono impugnati: gli atti con i quali sono stati nominati i componenti e costituita la commissione aggiudicatrice del concorso, gli atti con i quali l'ATI di cui è mandataria l'ATC di La Spezia è stata dichiarata aggiudicataria del servizio oggetto della gara, ogni altro atto presupposto, preparatorio, connesso e/o conseguente ed in particolare del bando e della lettera d'invito nella parte individuata in premessa.

Occorre in primo luogo chiarire che l'azienda ricorrente impugnando gli atti, ma non solo questi, con i quali la controinteressata è stata dichiarata vincitrice della gara, impugna l'atto conclusivo del procedimento, determinazione già emessa dall'amministrazione provinciale al momento dell'impugnazione, ma non ancora conosciuta, nei suoi effettivi contenuti e tale ricorso essa propone in modo del tutto legittimo, anche se a suo rischio, nel senso che ove fossero venuti in rilievo, nel provvedimento, aspetti rilevanti non investiti, in precedenza, dal mezzo impugnatorio, la ricorrente sarebbe stata costretta, nel termine decadenziale decorrente dalla conoscenza legale dell'atto, alla proposizione di motivi aggiunti.

Fatta questa necessaria precisazione e venendo all'insieme delle questioni poste dalla presente controversia deve dirsi che l'esame va portato, anzitutto, sul ricorso incidentale proposto dalla controinteressata ATC di La Spezia s.p.a., con il quale si rileva la violazione della lettera d'invito e del capitolato speciale e, inoltre, l'eccesso di potere per difetto d'istruttoria e di motivazione, travisamento dei fatti e contraddittorietà.

La censura non sembra cogliere nel segno e, quindi, il ricorso non può trovare accoglimento .

Sia la lettera d'invito al punto E) che il capitolato speciale all. AC, nel prevedere che il concorrente debba fornire adeguate risposte a tutte indistintamente le prescrizioni contenute nel Capitolato speciale d'appalto e nell'allegato AC, non dispone l'automatica esclusione dalle fasi successive della gara del concorrente che abbia omissso l'indicazione di alcuni degli elementi richiesti, ma si limitano, esclusivamente, ad attribuire alla Commissione un giudizio di merito sulle eventuali mancate risposte o carenze progettuali rispetto alle regole fissate dalla procedura di appalto.

In sostanza la Commissione, ai fini della verifica dei requisiti formali dei progetti "Qualità e Rete" secondo i criteri stabiliti dall'allegato AC e della analisi, sul piano dell'adeguatezza e della convenienza, dell'offerta tecnica, può soltanto esprimere il proprio motivato giudizio, tenuto conto della rispondenza o meno degli elementi offerti alle norme del bando e, unicamente, tale complessa e articolata valutazione può comportare un punteggio finale insufficiente e, quindi, un giudizio di invalidità dell'offerta.

Al riguardo pare utile rammentare che a norma della lettera d'invito una offerta, per essere considerata valida, deve conseguire almeno 20 punti sui

100 disponibili, con il risultato che, soltanto, il mancato raggiungimento di tale soglia determina per il candidato l'esclusione dalla graduatoria..

Sull'argomento e in particolare sulle cosiddette "invarianti" del progetto di rete dei servizi di trasporto pubblici, si deve, ulteriormente, precisare, proprio a chiarimento del carattere tecnico discrezionale del giudizio spettante alla Commissione, che un centro abitato si considera servito anche se il mezzo di trasporto transita nelle sue vicinanze, prevedendo una fermata a distanza non superiore a 300 metri dal principale aggregato abitativo della località richiesta.

Nessun elemento porta a concludere che tali aspetti non siano stati, adeguatamente, ponderati e valutati dall'organo collegiale e che il progetto dell'azienda ricorrente non fosse, pertanto, rispondente agli schemi previsti dalle norme del concorso.

In definitiva, anche sotto tale profilo e in relazione agli altri, connessi vizi di eccesso di potere, prospettati dalla ricorrente incidentale, le argomentazioni addotte vanno, tutte, disattese.

Passando all'esame del ricorso principale ed ai singoli profili che ad esso si riconnettono si osserva che con riferimento al 1° motivo d'impugnazione il ricorso è fondato.

Dispone, infatti, l'art.89 del R.D. 837/1924 che l'autorità procedente all'aggiudicazione dell'appalto provvede in pubblica seduta all'apertura delle obbligazioni ricevute e delibera in favore del migliore offerente, stendendo il relativo verbale.

L'obbligo sancito per la licitazione privata deve ritenersi riferibile anche all'appalto- concorso quando, come nel caso in esame, la procedura si

conforma, perfettamente, allo schema previsto dal su richiamato metodo di scelta del contraente.

In proposito occorre rilevare che il principio della pubblicità delle sedute di gara per la scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione è inderogabile per ogni tipo di gara, compreso l'appalto concorso, almeno per quanto riguarda la fase di verifica dell'integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica e la relativa apertura (C.d.S., sez V 9.10.2002 n 5421).

La circostanza che la disciplina specifica concernente la materia – D.lgs. n 158/1995- relativa ai settori ex esclusi non sancisca “*espressis verbis*” l'obbligo di pubblica apertura delle buste contenenti le offerte e la documentazione, non vuol dire che il principio sia venuto meno o possa considerarsi espunto dal nostro ordinamento, atteso che esso rappresenta un canone fondamentale delle leggi di contabilità generale dello Stato e discende, in via diretta, dal principio d'imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione e, quindi, di efficienza e trasparenza dell'azione amministrativa.

Alla stregua di tale linea argomentativa, più volte affermata dalla giurisprudenza amministrativa, l'anzidetto principio non può apparire come espressione di un astratto formalismo, aspetto di cui, peraltro, è fortemente permeata, per ragioni di “*par condicio*” l'intera materia dei procedimenti ad evidenza pubblica, ma esso deve essere considerato, piuttosto, un presidio con funzioni sostanziali e fondamentali, in quanto posto a generale difesa del regolare andamento delle gare e, volto, quindi, ad impedire ogni genere di devianze, particolarmente, insidiose in questo campo.

Dall'illegittimità della clausola della lettera d'invito, come sopra specificata, discende l'illegittimità dell'atto di aggiudicazione, restando assorbiti tutti gli ulteriori motivi d'impugnazione in quanto dal vizio riscontrato e, quindi, dal connesso annullamento degli atti determinativi del concorso deriva la necessità dell'integrale rinnovo della gara.

Consegue alla predetta illegittimità la nullità del contratto concluso dall'amministrazione provinciale con l'azienda aggiudicataria per contrarietà del contratto medesimo alle norme imperative inerenti i procedimenti ad evidenza pubblica – art.1418 del C.C.-.

Per quanto riguarda, infine, la domanda di risarcimento del danno, si osserva che essa deve, necessariamente, correlarsi alla tipologia di illegittimità riscontrate e alle conseguenze che da queste derivano quanto alle utilità che il ricorrente può, concretamente, realizzare attraverso l'accoglimento del ricorso.

Nella fattispecie gli effetti dell'annullamento si estendono all'intera procedura, travolgendola fin dall'origine, ma non assicurano, in alcun modo, alla ricorrente, né lo potrebbero, un esito favorevole della gara d'appalto.

L'istanza risarcitoria va, dunque, ricondotta nei termini sopra individuati e il risarcimento non può che essere riconosciuto per equivalente monetario con esclusivo riferimento alle spese di partecipazione alla gara, poiché risulta evidente che il danno subito si riduce, essenzialmente, all'esborso sostenuto per prendere parte ad una procedura concorsuale, poi rivelatasi illegittima per fatto direttamente imputabile alla condotta dell'amministrazione.

Tale risarcimento, comprendendo una serie diversificata di costi sostenuti, anche d'importo ridotto e, quindi, non agevolmente individuabili e comprovabili, può determinarsi, a norma dell'art.1226 del C.C., in via equitativa nell'importo di € 3.500,00 (tremilacinquecento/00).

La liquidazione delle spese di giudizio è rimessa al dispositivo.

P . Q . M .

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DELLA LIGURIA,
Sezione II, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe lo **accoglie**
e per l'effetto annulla l'impugnata lettera d'invito e la conseguente
aggiudicazione del servizio alla controinteressata;

respinge il ricorso incidentale;

Condanna la Provincia di La Spezia al risarcimento dei danni secondo i
criteri e nella misura indicati in motivazione;

Condanna le parti resistenti alle spese che si liquidano in complessivi €
4.000.00 (quattromila/00) da suddividere in parti uguali tra amministrazione
provinciale e ATC di La Spezia.

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

Così deciso in Genova, nella Camera di Consiglio del 26.02.2004.

Raffaele Prosperi Presidente f.f.

Sergio Fina Consigliere, estensore.

Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria
Depositato in Segreteria il 1 APR. 2004
Il Direttore di Segreteria
(Dott.ssa C. SAVINO)