

T.A.R. Lombardia–Milano – Sez. III - Sentenza 26 luglio 2004, n. 3179



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA LOMBARDIA

(Sezione III)

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 2289/2004 proposto da Plantronic s.n.c., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Locati e Alessandra Clerici nello studio dei quali è elettivamente domiciliata in Milano, via dei Pellegrini n. 24;

contro

il Comune di Busto Garolfo, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Liberto Losa presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Milano, via A. Saffi n. 10;

e nei confronti di

Alberti s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita;

per l'annullamento

- dell'atto di aggiudicazione del 4 febbraio 2004 inerente l'appalto per la fornitura di un sistema di video controllo territoriale per i Comuni di Busto Garolfo, Arconate, Casorezzo, Inveruno e Villa Cortese, con cui il Comandante del Corpo

di Polizia Locale di Busto Garolfo ha aggiudicato in via provvisoria la gara alla Ditta Alberti;

- del verbale di apertura delle buste, nonché di ogni altro atto presupposto e conseguente, compreso l'eventuale contratto stipulato tra le parti.

VISTO il ricorso con i relativi allegati;

VISTO l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Busto Garolfo;

VISTE le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

VISTI gli atti tutti della causa;

Nominato relatore alla pubblica udienza del 30 giugno 2004 il Ref. Daniele Dongiovanni;

Uditi, ai preliminari, l'avv. Clerici per la ricorrente e l'avv. S. Rolando, in sostituzione dell'avv. Losa, per il Comune resistente;

Considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

Il Comune intimato ha invitato alla trattativa privata per la fornitura di un sistema di video controllo territoriale per i Comuni di Busto Garolfo, Arconate, Casorezzo, Inveruno e Villa Cortese tre ditte tra le quali la ricorrente e la controinteressata.

La gara è stata aggiudicata alla ditta Alberti in quanto la proposta della società Plantronic è stata ritenuta dai due Comandanti della Polizia locale di Busto Garolfo e di Villa Cortese, componenti della Commissione giudicatrice, non conforme alle previsioni del capitolato.

Avverso tale atto di aggiudicazione in favore della controinteressata, ed ogni altro

a questo connesso, presupposto e consequenziale, ha proposto impugnativa la società Plantronic, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, e conseguente reintegrazione in forma specifica ovvero, in subordine, risarcimento dei danni per equivalente, per i seguenti motivi:

1) violazione dei principi fondamentali dei procedimenti concorsuali; irregolarità delle operazioni di gara; carenza di pubblicità della seduta di apertura delle offerte; mancata nomina di commissione di esperti.

Anche in caso di trattativa privata preceduta da gara informale, le sedute nelle quali si procede all'apertura delle offerte devono essere pubbliche.

Nel caso di specie, la seduta è avvenuta alla presenza dei due comandanti della Polizia locale, componenti la Commissione di gara, senza la presenza di testimoni e concorrenti.

Attesa, poi, la componente tecnica della fornitura oggetto dell'appalto, la Commissione avrebbe dovuto essere composta in prevalenza da esperti in quanto non risulta in capo ai componenti del predetto organo collegiale alcuna esperienza al riguardo;

2) mancata specificazione dei criteri di aggiudicazione; eccesso di potere per motivazione inesistente e comunque falsa, travisata e sviata.

La stazione appaltante, a fronte di una lettera di invito che aveva fissato criteri alquanto generici ovvero il "sistema che sarà ritenuto il più affidabile, funzionante e completo", non ha individuato alcun parametro idoneo a predeterminare la valutazione della Commissione.

L'esclusione della ricorrente risulta, pertanto, immotivata non essendo sufficiente la dizione contenuta nel verbale di "apparecchiatura non compatibile con il capitolato";

3) violazione per mancata applicazione ed elusione della legge n. 46/90; violazione del principio della par condicio e dell'imparzialità; eccesso di potere per ingiustizia manifesta e disparità di trattamento.

La ditta aggiudicatrice è priva della certificazione di cui alla legge n. 46/90 che viene rilasciata alle imprese in possesso della specializzazione che attesti l'idoneità a svolgere i lavori di installazione.

Ora, in mancanza della predetta certificazione, trattandosi di un appalto misto di fornitura e di lavori, la ditta Alberti avrebbe dovuto essere esclusa dalla trattativa privata.

Si è costituito in giudizio il Comune intimato chiedendo che il ricorso venga dichiarato inammissibile, irricevibile e, comunque, respinto perché infondato nel merito.

Con ordinanza n. 1306/04, è stata accolta la domanda di sospensiva.

In prossimità della trattazione del merito, le parti hanno depositato memorie con le quali hanno insistito nelle proprie richieste.

Alla pubblica udienza del 30 giugno 2004, la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. Il Comune resistente, in via preliminare, eccepisce l'inammissibilità del

gravame in quanto la ricorrente non avrebbe rivolto le proprie censure avverso gli atti di indizione della procedura ed, in particolare, la determinazione del responsabile Area LL.PP. n. 52 del 22 dicembre 2003.

L'obiezione non può essere condivisa.

A parte il fatto che, con il gravame in esame, la ricorrente ha inteso impugnare anche gli atti presupposti all'atto di aggiudicazione del 4 febbraio 2004, tra cui è ricompresa anche la predetta determinazione, va osservato che la deducente non ha chiesto l'annullamento delle clausole contenute nella lettera di invito: al contrario, con i motivi dedotti, la società Plantronic chiede l'emissione di una pronuncia che sancisca l'illegittimità dell'operato della stazione appaltante per non avere correttamente applicato le previsioni di gara, senza, tuttavia, contestarne la legittimità.

Altrettanto infondata risulta l'eccezione di irricevibilità del ricorso sollevata dal Comune resistente e basata sul fatto che la determinazione n. 52 del 22 dicembre 2003 non sarebbe stata impugnata nel termine decadenziale previsto dall'art. 21, comma 1, della legge n. 1034/1971, come sancito dalla decisione del Consiglio di Stato, Ad. Plenaria, n. 1/2003.

Richiamando integralmente quanto già espresso con riferimento alla precedente eccezione di inammissibilità, basti per completezza osservare, prendendo proprio spunto dalla predetta pronuncia giurisprudenziale (*cit. Consiglio di Stato, Ad. Pl., n. 1/2003*), che le clausole interessate (come detto, non contestate in questa sede dalla ricorrente) non hanno ad oggetto i requisiti soggettivi che impediscono

la partecipazione della ricorrente alla gara e, pertanto, non è ravvisabile l'onere di immediata impugnazione in capo dell'interessata.

2. Passando al merito della vicenda, la ricorrente, con il primo motivo, censura il fatto che l'apertura dei plichi contenenti le offerte, sebbene si tratti di trattativa privata preceduta da gara informale, non sia stata effettuata in seduta pubblica.

La doglianza è fondata confermandosi quanto già espresso in sede di cognizione sommaria.

Sul punto la giurisprudenza amministrativa (*per tutte, TAR Piemonte, II sez., 19.12.2002, n. 2089*) ha affermato che, nei procedimenti di aggiudicazione di gare pubbliche, la fase di verifica della documentazione amministrativa e quella di apertura delle offerte economiche debbano avvenire in seduta pubblica, potendo l'Amministrazione procedere in forma riservata solo laddove debba compiere operazioni di valutazione di carattere tecnico-discrezionale in ordine alle offerte presentate.

Le ragioni dell'affermazione di tale principio generale risiedono nell'esigenza di assicurare la trasparenza delle operazioni della Commissione ed una sorta di tutela "anticipata" della *par condicio* tra i concorrenti (sotto forma di controllo esercitabile da parte delle singole imprese), come corollario dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art 97 della Costituzione (*Consiglio di Stato, V Sez., 19.3.2002, n. 5421; Consiglio di Stato, IV Sez., 27.3.2002, n. 1726; Consiglio di Stato, V Sez., 30.5.1997, n. 576; Consiglio di Stato, VI Sez., 14.2.2002, n. 846; Consiglio di Stato, V Sez.,*

14.4.2000, n. 2235).

Il principio in questione assume, inoltre, portata generale, atteso che le precitate esigenze si pongono per tutti i tipi di gara pubblica, mentre una possibile deroga trova giustificazione, come visto, solo per quelle fasi di valutazione dell'offerta che, implicando un giudizio di carattere tecnico, non necessitano di una garanzia di pubblicità delle operazioni della Commissione.

La difesa resistente ha sostenuto l'inapplicabilità del principio di pubblicità in quanto, trattandosi di una procedura indetta con il sistema della trattativa privata, sarebbe rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione l'individuazione delle regole di svolgimento della gara e, pertanto, soltanto un'espressa previsione di celebrazione delle sedute della Commissione in forma pubblica avrebbe potuto costituire un vincolo la cui violazione avrebbe potuto integrare un vizio di legittimità del procedimento.

Ancora, ha osservato la difesa dell'Amministrazione come non vi erano stati artifici o comportamenti tali da danneggiare concretamente la società ricorrente, di talché alcuna incidenza negativa sostanziale avrebbe potuto assumere la circostanza per cui le operazioni di gara si erano svolte in seduta non pubblica.

Tali osservazioni non sono condivisibili.

In primo luogo, va ribadito come quello di pubblicità costituisca un principio generale volto alla tutela di esigenze di trasparenza e *par condicio* che sono comuni a tutte quelle fasi dei procedimenti per l'aggiudicazione di appalti pubblici in cui si deve procedere all'espletamento di attività implicanti la garanzia di un

controllo, come quelle di verifica della documentazione amministrativa e di apertura delle offerte economiche.

In secondo luogo, le richiamate esigenze di trasparenza e *par condicio* ricorrono tutte le volte in cui la scelta del contraente avvenga mediante l'espletamento di uno specifico procedimento di gara in cui le regole siano state in precedenza formalizzate dall'Amministrazione.

Si manifesta, pertanto, irrilevante l'argomentazione per cui, trattandosi di una trattativa privata, non era assolutamente necessario che le operazioni di apertura delle offerte si svolgessero in seduta pubblica; infatti, ci si trova pur sempre nell'ambito di un procedimento di evidenza pubblica di scelta del contraente rispetto al quale non possono ritenersi estranee le già richiamate esigenze di trasparenza e *par condicio*.

Inoltre, il principio di pubblicità delle sedute trova immediata applicazione indipendentemente da una sua espressa previsione nell'ambito della *lex specialis* di gara, atteso che costituisce una regola generale riconducibile direttamente ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., trovando di conseguenza immediata e piena cittadinanza in quella azione amministrativa specificamente volta alla scelta del miglior contraente. Deve invece essere disattesa, per genericità, l'ulteriore profilo di doglianza contenuto nel primo motivo di ricorso e concernente l'asserita mancanza di professionalità in capo ai componenti della Commissione giudicatrice.

Al riguardo, va evidenziato che, non sussistendo una specifica normativa di

dettaglio in merito alla composizione della Commissione nei casi della specie, valgono i generali principi desumibili dall'art. 97 Cost. e dal capo I della legge n. 241/90 nel senso che la composizione delle Commissioni giudicatrici deve sempre assicurare un adeguato livello di professionalità dei suoi componenti (*cf. Consiglio di Stato, V sez., 7.9.2001 n. 4673*).

Tuttavia, la scelta discrezionale della stazione appaltante circa l'effettiva composizione della Commissione di gara deve essere valutata secondo criteri di logicità e proporzionalità.

Nel caso di specie, non emergono elementi di convincimento idonei a fondare la censura di parte ricorrente.

Le doglianze si palesano, come detto, piuttosto generiche poiché, da un lato, deve escludersi la sussistenza di un particolare onere di motivazione della stazione appaltante sulla scelta dei componenti della predetta Commissione, dall'altro non può *a priori* escludersi l'idoneità rispetto a tale ufficio di soggetti che svolgono l'attività di Comandanti della Polizia locale avendo l'appalto ad oggetto il sistema di videosorveglianza territoriale di vari Comuni della zona.

A ciò si aggiunga, come risulta in atti, che la Commissione si è comunque avvalsa della consulenza tecnica di tale società EDLO, appositamente nominata, al fine di valutare le caratteristiche progettuali delle offerte presentate dai concorrenti.

3. Con il secondo motivo, la ricorrente censura il difetto di motivazione del provvedimento di esclusione che ha giudicato l'apparecchiatura proposta "non

compatibile con il capitolato”.

La doglianza è fondata.

Basti osservare che né la Commissione di gara né la società di consulenza hanno predeterminato i criteri in base ai quali avrebbero svolto le valutazioni tecniche delle offerte.

Il capitolato di gara, a sua volta, dopo aver descritto le specifiche tecniche dell'impianto, ha sancito che la fornitura verrà affidata alla ditta che avrà proposto il sistema *“che sarà ritenuto il più affidabile, funzionale e completo, nonché suscettibile di implementazioni ed aggiornato con le più recenti tecniche”*.

Ora, è evidente come di fronte a criteri così generici, la motivazione resa dalla stazione appaltante, secondo la quale l'apparecchiatura proposta dalla società ricorrente “non (è) compatibile con il capitolato”, non consente di ricostruire l'iter logico né i presupposti di fatto che hanno giustificato il provvedimento di esclusione dalla gara della Plantronic.

Né la ragione dell'esclusione è ricostruibile dalle valutazioni svolte dalla stessa società consulente la quale si è limitata ad affermare che la ricorrente “non ha recepito correttamente l'architettura del sistema richiesto, di conseguenza l'offerta è da scartare per motivi tecnici”.

Le precisazioni, al riguardo, svolte in memoria dalla difesa resistente non consentono di “sanare” i profili di illegittimità sopra rilevati in quanto costituiscono un'integrazione della motivazione non consentita in corso di causa e, peraltro, non proveniente dalla Commissione di gara istituzionalmente preposta ad

operare tali valutazioni.

4. Con il terzo motivo, la società Plantronic deduce che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché priva della certificazione ex legge n. 46/90.

La censura è infondata.

La normativa richiamata, come riferito dalla difesa di parte resistente, non risulta applicabile al caso di specie in quanto, in disparte il rilievo per cui nell'appalto in argomento è prevalente la fornitura degli apparecchi di videosorveglianza rispetto ai lavori di installazione, l'art. 1, comma 1, della legge n. 46/90 si riferisce comunque ai soli edifici adibiti ad uso civile.

5. In conclusione, il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento degli atti impugnati.

6. La ricorrente chiede, poi, la reintegrazione in forma specifica concretantesi nella possibilità di partecipare ad una gara regolare ovvero, in subordine, il risarcimento dei danni per equivalente poiché la sua offerta, all'esito della procedura svolta legittimamente, sarebbe risultata aggiudicataria.

Al riguardo, premesso che l'accoglimento della domanda di sospensiva (ord. n. 1306/04) ha evitato, secondo quanto risulta in atti, il verificarsi di un danno ingiusto a carico della deducente, va, comunque, osservato, concordemente alla più recente giurisprudenza amministrativa (*da ultimo, Cons. St., sez. V, 15 marzo 2004, n. 1280 e Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2003 n. 1716*), che la reintegrazione in forma specifica, ai sensi dell'art. 35, comma 1, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80,

come sostituito dall'art. 7, comma 1, lett. c), della legge 21 luglio 2000, n. 205, rimane un rimedio risarcitorio (o comunque riparatorio), ossia una forma di reintegrazione dell'interesse del danneggiato mediante una prestazione diversa e succedanea rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio e non va confusa con l'obbligo conformativo dell'amministrazione al provvedimento del giudice.

L'adozione, da parte dell'amministrazione, di un determinato atto o comportamento attiene, infatti, a profili di adempimento e di esecuzione e non a quelli risarcitori in quanto rappresenta la doverosa esecuzione di un obbligo derivante da una pronuncia del giudice amministrativo.

È, poi, necessario chiarire che l'annullamento dei provvedimenti impugnati, nel caso di specie, non comporta automaticamente l'affidamento dell'appalto in favore della ricorrente in quanto la stazione appaltante dovrà conformarsi alle indicazioni sopra riportate attraverso la riedizione del proprio potere discrezionale: solo all'esito della stessa potranno, se del caso, essere valutati eventuali danni da risarcire (*per tutte, Cons. St., sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945*).

Alla luce di quanto sopra, la domanda risarcitoria va respinta.

7. Sussistono, comunque, giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sez. III, pronunciando sul ricorso in epigrafe, così dispone:

- lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati;

- respinge la domanda risarcitoria avanzata dalla società ricorrente.

Compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Milano, nella Camera di Consiglio del 30 giugno 2004, con

l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio - Presidente

Domenico Giordano - Consigliere

Daniele Dongiovanni – Referendario est.