

Appalti pubblici di forniture: È espressamente inibita l'indicazione di marchi o tipi o brevetti o di una origine o produzione determinata, salvo che non si possa fornire la descrizione dell'oggetto del contratto "mediante specifiche sufficientemente precise e comprensibili da parte di tutti gli interessati", nel qual caso l'indicazione di un puntuale prodotto va accompagnata con la menzione "o equivalente".

Trova quindi trovare ingresso la censura di merito che investe la clausola del bando che pretende la fornitura di autocompattatori di una marca specificata

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 389 dell' 11 febbraio 2005 ci insegna che:

<in caso di bando per la fornitura di beni, nel quale si prescrive che essi siano esclusivamente di provenienza da un determinato produttore, l'aspirante ad eseguire la fornitura, che abbia invece la disponibilità di altro prodotto, è legittimato ad impugnare il bando e ad ottenere una pronuncia sulla legittimità di tale clausola, indipendentemente dalla sua domanda di partecipazione alla gara, sia perché ne sarebbe automaticamente escluso, sia perché mira ad impedire lo svolgimento della procedura selettiva basata su una clausola discriminatoria o limitativa, sia perché l'annullamento del bando, nella parte contestata, travolge il procedimento, che ne è seguito, nella sua interezza >

a cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA N. 389/05 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N 2523 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ANNO: 2004

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n.r.g. 2523 del 2004, proposto dalla s.r.l. **** FRANCESCO, rappresentata e difesa dall'avv. Aldo Perna ed elettivamente domiciliata presso lo studio avv. Ercole Forgione, in Roma, via di Trasone 8/12,

contro

il comune di Acri, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Carratelli ed elettivamente domiciliato presso lo studio avv. Alfredo Mirabelli Centurione, in Roma, via XX Settembre, n. 97,

e nei confronti

della s.p.a. Officine ****, non costituita in giudizio,

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria, sede di Catanzaro, II Sezione, n. 3140/2003, pubblicata il 10 novembre 2003.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte suindicata;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore, alla pubblica udienza del 29 ottobre 2004, il consigliere Giuseppe Farina ed uditi, altresì, l'avv. Morcavallo, per delega dell'avv. Perna, e l'avv. Carratelli.

Visto il dispositivo di decisione n. 446 del 29 ottobre – 3 novembre 2004.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

1. Il ricorso n. 2523 del 2004 è proposto dalla s.r.l. **** Francesco. È stato notificato il 2-6 marzo 2004 al comune di Acri ed alla s.p.a. Officine ****. È stato depositato il 19 marzo successivo.

2. È impugnata la sentenza n. 3140 del 2003, pubblicata il 10 novembre 2003, del Tribunale amministrativo regionale della Calabria, sede di Catanzaro, Sez. II, con la quale è stato dichiarato inammissibile il ricorso prodotto dalla società ora appellante.

3. Sono proposti tre motivi per la riforma della sentenza e l'accoglimento del ricorso introduttivo.

4. Il Comune di Acri si è costituito in giudizio il 6 ottobre 2004. Ha eccepito l'inammissibilità dell'appello e, in subordine, la sua infondatezza, nonché quella dei motivi assorbiti in primo grado.

5. La società ha prodotto memoria per l'udienza di discussione.

6. All'udienza del 29 ottobre 2004, il ricorso è stato chiamato per la discussione e poi introitato in decisione.

DIRITTO

1. La società appellante ha impugnato, col ricorso introduttivo, il bando della gara, indetta dal comune di Acri, con procedura di aggiudicazione "per pubblico incanto" a norma dell'art. 9, comma 1, lett. a), del decreto legislativo 24 luglio 1992, n. 358 (testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive europee).

1.1. La gara concerneva la fornitura di due "autocompattatori idraulici" per la raccolta di rifiuti solidi urbani.

1.2. Il criterio di aggiudicazione era stabilito, nel punto 12 del bando, in quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come disciplinato dall'art. 19, comma 1, lett. b), del citato d. lgs. n. 358 del 1992.

L'attribuzione dei punteggi è stata prevista, mediante loro ripartizione in varie voci, nel capitolato speciale di gara all'art. 4. Fra queste voci era ricompresa quella inerente alla "capacità tecnica/funzionale e garanzia", che ha contemplato punteggi per "caratteristiche tecniche" – quali il "volume compattabile", il "rapporto di compattazione", la "portata utile legale" – e per "dotazioni e funzionalità" – riguardanti altre caratteristiche tecniche, quali l'impianto di ingrassaggio, la telecamera posteriore, l'impianto di disinfezione del cassonetto.

1.3. Nell'allegato 2, unito al capitolato speciale di gara, è stata prescritta, per la busta riguardante l'offerta tecnica, una relazione tecnica con: a) una descrizione delle specifiche tecniche dell'attrezzatura offerta; b) una descrizione delle specifiche tecniche del telaio offerto.

Ancora: nel capitolato tecnico, art. 2, sono state fissate le "caratteristiche tecniche" esigenti un "autotelaio" di una precisa marca e di un preciso modello. Questa prescrizione appare in antitesi con quella, ora riferita, che esige la descrizione delle specifiche tecniche del telaio offerto.

2. Contro quest'ultima statuizione si è appuntato il ricorso introduttivo della società ora appellante, che tratta veicoli di una diversa marca (e quindi di differenti modelli).

Il ricorso è stato notificato al Comune il 28 luglio 2003 e, poi, alla società che si era resa aggiudicataria nel frattempo. A questa la notificazione del ricorso è stata, originariamente, tentata mediante invio di plico, per posta raccomandata, del 31 luglio 2003 – non recapitato – e, in seguito, con ulteriore spedizione del 25 settembre. Il plico è stato consegnato il 29 settembre.

3. Il Tribunale amministrativo regionale, con la sentenza impugnata, ha dichiarato inammissibile il ricorso:

3.1. perché, notificato il 29 settembre 2003, e perciò tardivamente proposto contro il bando di gara "pubblicato nell'albo pretorio per quindici giorni a partire dal 19 maggio 2003, in quanto ... la lesione dell'interesse partecipativo ... discende direttamente dalle previsioni della lex specialis";

3.2. perché non era stata presentata domanda di partecipazione alla gara.

4. Con il primo motivo del ricorso in appello si sostiene che la notificazione dell'atto introduttivo del giudizio doveva considerarsi tempestiva, sia con riguardo a quella fatta al Comune, sia con riguardo a quella curata verso la società che, solo successivamente, era divenuta aggiudicataria, e precisamente con provvedimento del 23 giugno 2003. Si chiede, se la prima notificazione del 31 luglio non è stata curata a dovere dal servizio postale, la concessione dell'errore scusabile.

Il motivo si mostra fondato.

4.1. Il ricorso è stato proposto per l'annullamento del bando, che, prescrivendo la presentazione di offerte esclusivamente per veicoli di una precisa marca, inibiva la partecipazione di coloro che fossero in grado di proporre l'acquisto di veicoli di altre marche, anche se rispondenti alla medesime caratteristiche tecniche, sulle quali si sono sopra dati alcuni ragguagli (par. 1.2 e 1.3).

Orbene, si afferma che il bando è stato pubblicato dal 19 maggio 2003, e perciò sino al 3 giugno 2003.

Rispetto a queste date, la notificazione del ricorso al Comune, eseguita il 28 luglio 2003, e perciò il 55° giorno, deve dichiararsi tempestiva.

4.2. L'aggiudicazione è intervenuta (vedi fascicolo del Comune) il 23 giugno 2003. L'approvazione è stata data con provvedimento del 25 giugno 2003.

Rispetto a quest'ultima data, nella quale è stata possibile l'individuazione del soggetto, portatore sopravvenuto di un interesse alla conservazione del bando impugnato e degli atti susseguenti, la notificazione eseguita con spedizione del 23 settembre 2003 è anch'essa tempestiva. Tenuto conto della sospensione feriale, ex l. 7 ottobre 1969, n. 742, è consentito affermare che essa è avvenuta il 44° giorno dalla data dell'ulteriore provvedimento lesivo, senza che occorra verificare in quale giorno ha avuto conoscenza dell'aggiudicazione la parte ricorrente.

Non è, infatti possibile riconoscere, in capo alla parte appellante – come ha implicitamente stabilito il primo giudice – l'onere di notificare il ricorso in parola, alla ditta aggiudicataria, nel termine di sessanta giorni dalla data della compiuta pubblicazione del bando nell'albo comunale, perché, a quella data, la gara non era stata ancora espletata.

Sul versante processuale, poi, neanche è da affermare che il ricorso, rivolto contro il bando, consentisse l'identificazione di un qualsiasi controinteressato. Se, come sembra possibile ritenere - su un piano di sostanziale rispetto del diritto di difesa della parte, che, nello svolgersi del procedimento di gara, ha assunto una posizione di chiara contrapposizione alla pretesa di annullamento della gara medesima - è ammissibile la chiamata in giudizio di questo nuovo soggetto, sembra altrettanto ragionevole far decorrere il termine per la sua intimazione dalla data nella quale risulti, con certezza, che chi agisce in giudizio ha avuto la possibilità di individuarlo.

Per le osservazioni già espresse, la notificazione del ricorso all'impresa aggiudicataria deve, perciò, riconoscersi tempestiva.

5. Con il secondo motivo, l'impresa appellante avanza critiche nei riguardi dell'altra statuizione di inammissibilità, consistente nella mancata partecipazione alla gara.

Essa fa rilevare che sarebbe stata sicuramente esclusa, poiché tratta veicoli di una marca diversa da quella imposta dal Comune. Sottolinea, poi, che – avendo censurato la scelta con sua diffida del 17 giugno 2003 – ha avuto conferma del bando e della motivazione che ne faceva supporto con nota del 19 giugno, sicché la mancata partecipazione discende anche da quest'ultimo provvedimento. Essa ha, comunque, impugnato, per illegittimità derivata, anche l'aggiudicazione.

Anche questa censura deve essere condivisa, nella sua conclusione della insussistenza dell'onere di partecipare alla gara, anche se per considerazioni in parte diverse da quelle esposte dall'impresa appellante.

5.1. Non si ignora l'esistenza di una giurisprudenza, anche molto recente, circa l'ammissibilità dell'impugnazione del bando di una gara o di altra procedura selettiva, immediatamente lesivo, soltanto a condizione che sia stata avanzata domanda di partecipazione.

L'argomento sul quale fa leva questa giurisprudenza è che la presentazione della domanda evidenzia l'interesse concreto all'impugnazione e fa, del soggetto che ha curato l'adempimento, un destinatario direttamente "inciso" dal bando (differenziando e qualificando il suo interesse).

5.2. Al principio in questione, anche alla luce di recenti precisazioni della giurisprudenza comunitaria e di questo Consiglio di Stato, occorre aggiungere alcune annotazioni.

5.3. Va tenuto conto, in proposito, di quanto ha avuto modo di statuire la Corte di giustizia C.E., nella sentenza 12 febbraio 2004, in causa C-230/02. Ha infatti considerato la Corte che (n. 29) "...

sarebbe eccessivo esigere che un'impresa che asserisca di essere lesa da clausole discriminatorie contenute nei documenti relativi al bando di gara, prima di poter utilizzare le procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665 contro tali specifiche, presenti un'offerta nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, quando persino le probabilità che le venga aggiudicato tale appalto sarebbero nulle a causa dell'esistenza di dette specifiche". E che (n. 30), dato che dalla predetta direttiva si desume chiaramente che gli Stati membri devono consentire "<di annullare ... le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specificazioni tecniche, economiche e finanziarie discriminatorie ...> ad un'impresa dev'essere pertanto consentito presentare un ricorso direttamente avverso tali specifiche discriminatorie, senza attendere la conclusione del procedimento di aggiudicazione dell'appalto". È stato, di conseguenza, stabilito che non è impedito di considerare una persona priva del diritto di impugnare l'aggiudicazione di un appalto pubblico, nel caso in cui non abbia partecipato al procedimento di aggiudicazione, perché non in grado di fornire la prestazione ma solo se "non abbia tuttavia presentato un ricorso avverso dette specifiche prima dell'aggiudicazione dell'appalto" (n. 40 e n. 1 del dispositivo).

5.4. Nell'ambito della giurisprudenza di questo Consiglio, sembra pacificamente da condividere l'orientamento che definisce inammissibile, per difetto di interesse, ogni censura riguardante il modo di svolgimento di un procedimento selettivo, quando non si sia partecipato, per scelta libera, ad esso.

Non altrettanto sembra possa essere affermato allorché è lo stesso bando che inibisce la partecipazione, o perché statuisce sul possesso di un requisito che il soggetto interessato non possiede, o perché stabilisce che l'oggetto della fornitura sia tecnicamente conformato in modo che un solo fornitore sia in grado di produrlo, e sempre che, s'intende, tale scelta non abbia una legittima giustificazione.

Si registrano, in proposito, non poche decisioni con le quali è stato posto in rilievo:

a) che la domanda di partecipare può apparire un formalismo privo di utilità, quando sia manifesta la carenza di un requisito di ammissione in capo a chi aspira a prendere parte alla selezione. In simili casi, infatti, la domanda di partecipazione conduce alla certa esclusione (fra la più recenti: V Sez. 11 novembre 2004, n. 7341);

b) che l'interesse non può essere messo in discussione, come elemento di legittimazione a ricorrere, quando si identifichi in quello di impedire la procedura selettiva così come derivante dal bando (confr.: V Sez. 14 febbraio 2003, n. 794 e 20 settembre 2001, n. 4970; VI Sez. Ord. 25 febbraio 2003, n. 719; IV Sez. 28 maggio 1974, n. 387; C. si. 29 novembre 2002, n. 629);

c) che il procedimento di selezione – per l'aggiudicazione di un contratto o per l'assunzione ad un posto d'impiego – si configura come una sequenza di atti che confluiscono in un provvedimento finale. La sequenza procedimentale lega i vari segmenti di attività, a partire dal bando, sì che ciascuno di essi consiste, di norma, in un presupposto logico ed indefettibile della fase che segue. Il bando è l'atto presupposto per definizione di tutta la sequenza procedimentale, con la conseguenza che, se esso viene annullato, ne vengono caducati gli atti della procedura e, insieme, quello conclusivo – aggiudicazione o graduatoria, nelle ipotesi sopra enunciate – (si veda, con riguardo ad ipotesi di invalidità caducante di atti susseguenti a quelli riconosciuti illegittimi, ed in tema di procedure concorsuali: V Sez. 11 novembre 2004, n. 7341, e 30 aprile 2003, n. 2245 e 3 giugno 2002, n. 3064; VI Sez. 27 marzo 2003, n. 1591; e, con riguardo al principio, anche per procedimenti diversi: V Sez. 10 luglio 2002, n. 3833 e 26 maggio 1998, n. 696; IV Sez. 30 maggio 2002, n. 3016 e 26 aprile 1990, n. 314; VI Sez. 16 novembre 2000, n. 6146).

Alla luce delle considerazioni esposte, e che si condividono, si può concludere, con riguardo alla controversia in esame, che, in caso di bando per la fornitura di beni, nel quale si prescrive che essi siano

esclusivamente di provenienza da un determinato produttore, l'aspirante ad eseguire la fornitura, che abbia invece la disponibilità di altro prodotto, è legittimato ad impugnare il bando e ad ottenere una pronuncia sulla legittimità di tale clausola, indipendentemente dalla sua domanda di partecipazione alla gara, sia perché ne sarebbe automaticamente escluso, sia perché mira ad impedire lo svolgimento della procedura selettiva basata su una clausola discriminatoria o limitativa, sia perché l'annullamento del bando, nella parte contestata, travolge il procedimento, che ne è seguito, nella sua interezza.

Anche per questa statuizione va, quindi, riformata la sentenza appellata.

6. Deve, perciò, trovare ingresso la censura di merito che investe la clausola del bando che pretende la fornitura di autocompattatori di una marca specificata.

Come s'è detto, l'impresa ricorrente opera sul mercato nella vendita di veicoli di una diversa casa produttrice e lamenta la violazione dell'art. 8, comma 6, del d. lgs. 24 luglio 1992, n. 358, cioè del principio di non discriminazione tra i fornitori.

La censura è fondata.

La disposizione invocata (T. U. delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture) disciplina la definizione, ad opera delle amministrazioni aggiudicatrici, delle qualità tecniche ("specifiche tecniche" nella formulazione legislativa) che devono possedere i prodotti dei quali si chiede l'acquisto o altra forma di disponibilità. Il comma 6 pone, salvo che non sia giustificato dall'oggetto del contratto, il divieto di introdurre nelle clausole contrattuali – e perciò anche in quelle di bando, che le anticipa – "specifiche tecniche" che menzionano prodotti di una determinata fabbricazione o di una determinata provenienza "e che hanno l'effetto di favorire determinati fornitori o prodotti". È espressamente inibita l'indicazione di marchi o tipi o brevetti o di una origine o produzione determinata, salvo che non si possa fornire la descrizione dell'oggetto del contratto "mediante specifiche sufficientemente precise e comprensibili da parte di tutti gli interessati", nel qual caso l'indicazione di un puntuale prodotto va accompagnata con la menzione "o equivalente".

Ne segue che la prescrizione inerente alla fabbrica produttrice dei veicoli in questione non può essere considerata legittima.

6.1. In primo luogo, infatti, è priva di fondamento la giustificazione data dal Comune, secondo il quale la scelta è stata fatta a causa delle capacità tecniche degli addetti all'officina.

Invero, anche a trascurare che l'affermazione non appare confortata da alcuna previa indagine sulle ridotte attitudini professionali dei dipendenti comunali addetti all'officina, appare chiaro che quelle attitudini non riguardano l'oggetto del contratto, che solo potrebbe giustificare la restrizione contestata, vale a dire che non riguardano particolari e non fungibili caratteristiche dei mezzi.

6.2. V'è, poi, da considerare che la scelta della specifica produzione è smentita, sul piano logico, dall'esame degli atti regolatori della gara.

Se infatti fosse stato, per qualche ragione, da scegliere un veicolo con caratteristiche simili a quelle della marca esplicitata dal Comune:

a) sarebbe stato necessario e sufficiente indicare quel tipo specifico di automezzo ed aggiungere, come prescrive la legge, la clausola di equivalenza, eliminatrice della discriminazione;

b) non sarebbe stato coerente con la pretesa specifica, stabilire, come è stato fatto nel capitolato tecnico (pag. 16, art. 2), un'elencazione di oltre trenta "caratteristiche tecniche", cui dovevano rispondere i mezzi offerti dalle imprese aspiranti alla fornitura;

c) sarebbe stata singolarmente non del tutto utile la presentazione di una relazione tecnica, a corredo dell'offerta (pag. 11 del capitolato di gara), salvo che non fosse stata limitata a congegni e prestazioni aggiuntive rispetto al prodotto prescelto. Ma ciò non è stato disposto;

d) anche l'attribuzione di punteggi per le caratteristiche tecniche esigeva più puntuali specificazioni.

In conclusione, quanto meno le osservazioni sub b) e c) che precedono, o sono in contraddizione con la scelta di un preciso prodotto, che è stata fatta, oppure si concretano, in larga misura, soltanto nella descrizione dei caratteri del prodotto preteso: nel primo caso, la contraddizione non consentiva l'indicazione che è stata fatta; nel secondo caso l'elencazione delle caratteristiche è volta unicamente a dissimulare, in parte, la scelta del prodotto fatta a priori.

7. Con un'ultima domanda l'impresa ricorrente chiede il risarcimento dei danni.

Nel ricorso, i danni sono indicati in sessantamila euro e sono definiti come pari al 15% dell'importo a base della fornitura ed alla "media della remunerazione annuale del capitale di impresa nel settore". La richiesta scende a ventimila euro, pari al 5% della base d'asta, nella memoria conclusiva, con riguardo alla perdita di chance procedimentale.

La domanda, della quale si è ora messa in luce la contraddittorietà in ordine alla denuncia della misura dei danni patrimoniali derivati dall'illegittimità del bando, va riconosciuta, invece, fondata nei limiti che di seguito si precisano.

È manifesto che quelli indicati non sono pregiudizi, puntualmente determinati, che sono stati subiti dall'impresa per non aver potuto partecipare alla gara, vale a dire per non aver potuto presentare la propria offerta.

Occorre perciò disporre, tenendo anche conto dei modi consentiti dall'art. 35, comma 2, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, che consente di stabilire i criteri in base ai quali l'amministrazione pubblica deve proporre a favore dell'impresa ricorrente il pagamento di una somma a ristoro degli eventuali danni subiti.

A tale scopo:

a) il Comune soccombente esaminerà la documentazione che l'impresa avrà cura di esibire per l'accertamento del possesso, in capo ad essa, dei requisiti prescritti nel bando al n. 11;

b) altrettanto dovrà farsi per accertare la sussistenza dei requisiti tecnici, corrispondenti a quelli sub art. 2 del capitolato tecnico;

c) poiché l'aggiudicazione è intervenuta in base al prezzo di euro 303.415,20 nel 2003, l'impresa dovrà dimostrare, mediante esibizione di fatture, di avere venduto a prezzi concorrenziali con quelli di aggiudicazione degli automezzi consimili, o di avere la possibilità di rifornirsene presso i propri produttori o trasformatori di automezzi;

d) infine essa avrà cura di esibire copia del bilancio dell'anno 2003, dal quale sia possibile desumere la quota percentuale di utile lordo tratto dal suo fatturato nell'anno stesso. A tale percentuale sarà commisurato il risarcimento dovuto dal Comune.

8. L'accoglimento dell'appello comporta la riforma della sentenza impugnata e l'accoglimento del ricorso introduttivo.

Le spese sono poste a carico del Comune resistente, secondo la regola della soccombenza, e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello. Condanna il Comune resistente al pagamento delle spese del giudizio, che liquida in tremila euro.

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

Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), nella camera di consiglio del 29 ottobre 2004, con l'intervento dei Signori:

Giuseppe Farina rel. est. Presidente

Chiarenza Millemaggi Cogliani Consigliere

Goffredo Zaccardi Consigliere

Aldo Fera Consigliere

Aniello Cerreto Consigliere

IL PRESIDENTE ESTENSORE

f.to Giuseppe Farina

IL SEGRETARIO

f.to Francesco Cutrupi

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

L'11 febbraio 2005

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

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale

N°. RIC2523/2004

SB