

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 22/07/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29877-illegittimo-comportamento-della-stazione-appaltante-avendo-avviato-una-gara-informale-finalizzata-al-successivo-affidamento-di-un-servizio-attraverso-una-procedura-negoziata-la-p-a-avrebbe-dovuto>

Autore: Lazzini Sonia

**Illegittimo comportamento della Stazione appaltante:
avendo avviato una gara informale finalizzata al successivo
affidamento di un servizio attraverso una procedura
negoziata, la P.A. avrebbe dovuto rispettare rigorosamente
le regole dalla stessa stabilit**

C.St. 23.06.2010 n. 3965

Illegittimo comportamento della Stazione appaltante: avendo avviato una gara informale finalizzata al successivo affidamento di un servizio attraverso una procedura negoziata, la P.A. avrebbe dovuto rispettare rigorosamente le regole dalla stessa stabilite nella lettera di invito ed i più generali principi di trasparenza e par condicio insiti nel concetto di gara stesso

ove la P.A. avesse proceduto seguendo le regole dell'evidenza pubblica in modo da garantire alle imprese partecipanti di concorrere in condizioni di parità ed a se stessa di scegliere l'offerta migliore attraverso una procedura di valutazione oggettivamente verificabile (cfr. Cons. St., Sez. V, dec. n. 5633/2000), avrebbe dovuto escludere la Ditta controinteressata

Quanto alla condanna al risarcimento danni, appaiono nella specie sussistenti gli elementi costitutivi dell'illecito extracontrattuale, e, in particolare, un danno ingiusto, collegato da un nesso causale al comportamento colposo dell'Amministrazione.

In merito alla colpa, premesso che per giurisprudenza maggioritaria (da ult. Cons. St., Sez. V, decc. n. 4527 del 20.07.09 e n. 4237 del 30.06.09) in sede di giudizio per il risarcimento del danno derivante da provvedimento illegittimo, il privato danneggiato può limitarsi ad invocare l'illegittimità dell'atto quale indice presuntivo della colpa - restando a carico dell'Amministrazione l'onere di dimostrare che si è trattato di un errore scusabile dell'ente (per contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione della norma, per la complessità del fatto ovvero per l'influenza di altri soggetti) - va rilevato che l'adozione dell'atto impugnato è avvenuta in violazione delle regole della parità di trattamento dei competitori, rispetto alle quali non vi possono essere particolari dubbi interpretativi, tali da configurare un errore scusabile da parte dell'Amministrazione.

In merito all'entità del risarcimento, la illegittima esclusione dalla gara della società odierna appellata ed il conseguente parimenti illegittimo affidamento della progettazione grafica alla ditta Controinteressata due ha comportato per la Stefano e Luca Controinteressata s.n.c. un ingiusto danno, sia sotto il profilo delle spese sostenute inutilmente per eseguire la progettazione di cui all'offerta presentata, sia sotto il profilo della perdita dell'utile che sarebbe derivato dalla esecuzione del contratto, che, per quanto sopra esposto, sarebbe dovuto spettare alla ditta medesima.

E' impugnata la sentenza del T.A.R. Umbria n. 335/08, meglio indicata in epigrafe, con cui è stato accolto il ricorso della Stefano e Luca Controinteressata s.n.c. avverso il provvedimento di aggiudicazione relativo ad un procedimento avviato dal Comune di Assisi per l'acquisizione della progettazione grafica di materiale informativo e promozionale per il Servizio Turistico Associato di Assisi, con condanna del Comune medesimo al risarcimento dei danni ed al pagamento delle spese di lite in favore dell'odierna appellata

Il Comune di Assisi afferma l'erroneità della sentenza impugnata, anzitutto, in quanto avrebbe travisato i fatti. Nella ricostruzione proposta dall'appellante, infatti, a seguito dell'esame delle offerte presentate la Commissione istituita dal Comune avrebbe in realtà rilevato l'inammissibilità di entrambe le proposte (Controinteressata due e Berti) e quindi, ritenuta superflua la prosecuzione dell'indagine esplorativa, il solo Dirigente competente avrebbe proceduto al (legittimo) affidamento alla ditta Controinteressata due in base al Regolamento Comunale che consente tale affidamento per servizi di valore inferiore ai € 10.000,00.

L'integrazione (rectius il primo deposito) documentale della Controinteressata due sarebbe quindi avvenuta non già dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, come erroneamente

rilevato dal T.A.R., bensì prima di concludere l'affidamento diretto. In base a tale ricostruzione conseguirebbe la erronea declaratoria di illegittimità dal parte del T.A.R. degli atti impugnati.

In secondo luogo, l'appellante sostiene che il T.A.R. Umbria avrebbe erroneamente disposto il risarcimento del danno non avendo statuito sulla effettiva sussistenza dello stesso. L'appellante rileva, infatti, come il Comune abbia legittimamente valutato come non accettabile la proposta della Berti s.n.c. (in quanto eccessivamente onerosa) e che per tale motivo l'odierna appellata non avrebbe potuto comunque essere l'affidataria del servizio in questione.

In subordine, il Comune di Assisi ritiene che il risarcimento del danno riconosciuto in primo grado non sarebbe comunque dovuto mancando l'elemento della colpa in capo all'Ente locale.

Infine, in ulteriore subordine, non potrebbe essere applicato il risarcimento del danno nella misura del 10 % del prezzo a base d'asta, o meglio, calcolato sull'offerta della ricorrente, come presunto utile perduto, essendo tale criterio ingiusto proprio per l'eccessività del prezzo richiesto dalla Controinteressata s.n.c.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo di appello del Consiglio di Stato?

L'appello non può trovare accoglimento.

Rileva il Collegio come appaia in primo luogo infondata la ricostruzione in fatto ed in diritto operata dalla difesa del Comune appellante, la quale, cercando di dare una plausibile giustificazione all'illegittimo operato della P.A., sostiene - invero per la prima volta nel corso del presente giudizio di appello - che il Comune avrebbe in realtà posto in essere due distinti procedimenti: il primo iniziato con un'indagine esplorativa, ma interrotto dalla Commissione senza esame comparativo delle proposte dopo aver rilevato la inammissibilità di entrambi i preventivi presentati, il secondo avviato dal solo dirigente competente e terminato con l'affidamento diretto del servizio alla ditta Controinteressata due.

Come fondatamente eccepito dall'appellata, la rappresentazione fattuale e giuridica proposta dall'appellante, oltre che non coerente rispetto alla diversa impostazione sostenuta in primo grado (fondata esclusivamente sulla supposta eccessiva onerosità dell'offerta del Controinteressata), appare in contrasto con le chiare risultanze documentali.

In data 18.4.07 la Commissione incaricata di procedere all'esame delle offerte, una volta asserita l'eccessiva onerosità del preventivo dell'odierna appellata, ha ritenuto conseguentemente - in assenza di altre offerte - che "l'unica proposta da prendere in considerazione" - pur in assenza delle bozze di progetto richieste dalla lex specialis - fosse quella del "grafico Controinteressata due", richiedendo solo a quest'ultimo la produzione del materiale suddetto e "riservandosi ogni decisione in merito all'aggiudicazione definitiva dopo aver visionato lo stesso".

Nella determinazione dirigenziale di affidamento, n. 2302 del 14 giugno 2007 - dopo aver dato atto della lettera di invito del marzo 2007, del verbale (in atti) del 18.04.07 nel quale si precisa che la sola offerta da considerare è quella del Controinteressata due e precisato che <<lo stesso Controinteressata due, a seguito di specifica richiesta>> avrebbe provveduto <<ad integrare>> le bozze di materiale da realizzare, risultato <<di buona qualità e conforme alle esigenze dell'Amministrazione>> - il dirigente Ciavaglia provvedeva ad affidare i lavori di progettazione sopra indicati proprio allo stesso "grafico Francesco Controinteressata due".

Come fondatamente eccepito dall'appellata, dunque, nessuna interruzione del procedimento di affidamento in economia c'è quindi mai stata né tantomeno alcuna dichiarazione, neppure implicita, dell'inammissibilità di entrambi i preventivi esaminati o di esito pienamente negativo della gara ufficiosa. Emerge infatti per tabulas la continuità ed unicità del procedimento avviato con la richiesta dei cinque preventivi, proseguito con la prima riunione della Commissione dell'aprile 2007 e terminato con il provvedimento dirigenziale di affidamento, n. 2302/2007, impugnato in prime cure.

Appare quindi di tutta evidenza l'illegittimità dell'operato del dirigente (e per esso) del Comune di Assisi che, in spregio alla autolimitazione procedimentale che la stessa Amministrazione si era posta con la prescrizione del verbale 16 aprile 2007 della Commissione (la quale aveva riservato a sé ogni decisione in merito all'aggiudicazione definitiva "dopo aver visionato" il materiale di progetto), ha proceduto direttamente, e senza previamente investire la Commissione al fine di conoscerne la relativa decisione circa l'aggiudicazione, a "visionare" ed a valutare la qualità e la idoneità tecnica delle bozze di progetto

(tardivamente) presentate dalla ditta Controinteressata due, ed a disporre l'affidamento della progettazione grafica in favore della stessa, in tal modo illegittimamente sovrapponendo il proprio giudizio e la relativa decisione a quelli espressamente riservati(si) alla Commissione. Mai infatti la Commissione si è spogliata del proprio potere decisionale riservandosi anzi espressamente ogni decisione in merito dopo aver visionato il materiale della sola ditta Controinteressata due.

Va, dunque, ribadita l'illegittimità - sotto il profilo della violazione di legge - degli atti posti in essere dal Comune di Assisi. Avendo avviato una gara informale finalizzata al successivo affidamento di un servizio attraverso una procedura negoziata, la P.A. avrebbe dovuto rispettare rigorosamente le regole dalla stessa stabilite nella lettera di invito ed i più generali principi di trasparenza e par condicio insiti nel concetto di gara stesso (cfr. Cons. St., Sez. V, dec. n. 192/1997, n. 3856/2003, n. 1599/2008).

In particolare appare corretta la statuizione del primo giudice che ha rilevato nel caso di specie la attestata mancata presentazione nel prescritto termine delle (richieste) bozze di progetto - la cui essenzialità, del resto, è evidente, anche in relazione al proclamato "intento ... di fornire una rinnovata immagine del territorio attraverso una nuova veste grafica, nuove immagini e nuovi progetti" (come recita la stessa lettera di invito) ed all'altrettanto esplicitamente disposta necessità di valutare anche "la qualità del progetto grafico" ai fini della scelta della ditta cui affidare la progettazione grafica, per cui l'Amministrazione null'altro poteva fare che disporre l'esclusione della ditta Controinteressata due senza poter in alcun modo concedere (solo) alla stessa un termine ulteriore e successivo alla prescritta scadenza per presentare "le bozze di progetto richieste". Con la conseguente illegittimità tanto del verbale 18 aprile 2007 della predetta Commissione (per quanto essa ha disposto di richiedere alla medesima ditta "il materiale suddetto" riservandosi di procedere alla aggiudicazione), quanto della determinazione dirigenziale n. 2302/2007, che ha proceduto all'affidamento a favore di Controinteressata due Francesco nel dichiarato presupposto che "a seguito di specifica richiesta" lo stesso avrebbe "provveduto ad integrare le bozze di materiale da realizzare".

Come giustamente rilevato dall'appellata, ove la P.A. avesse proceduto seguendo le regole dell'evidenza pubblica in modo da garantire alle imprese partecipanti di concorrere in condizioni di parità ed a se stessa di scegliere l'offerta migliore attraverso una procedura di valutazione oggettivamente verificabile (cfr. Cons. St., Sez. V, dec. n. 5633/2000), avrebbe dovuto escludere la Ditta Controinteressata due per i motivi sopra specificati, decidendo, quindi, visti anche i tempi molto ristretti per la stampa del materiale promozionale e la rendicontazione alla Regione Umbria dei costi sostenuti al fine di ottenere il finanziamento, di concludere l'acquisizione del servizio in economia con la Stefano e Luca Controinteressata Design s.n.c., unica società che aveva nei termini prescritti presentato l'offerta economica nonché le bozze di progetto e la relazione descrittiva delle stesse.

L'esclusione invece dell'odierna appellata è avvenuta senza una congrua motivazione che ripercorresse i presupposti di fatto e le argomentazioni giuridiche, esaurendosi in una del tutto generica affermazione che l'offerta stessa sarebbe "eccessivamente onerosa" e pertanto "non compatibile con le risorse disponibili", senza peraltro la evidenziazione e la specificazione delle ragioni in base ai quali la stessa sarebbe da ritenersi, di per sé (e cioè per la entità delle somme richieste, per le singole prestazioni ed in totale) o in relazione alle risorse specificamente disponibili per il divisato intervento, "inaccettabile" perché troppo gravosa sotto il profilo economico.

Come fondatamente dedotto dall'appellata, non è dato infatti comprendere in base a quale puntuale ragione giustificatrice la stessa si fondi, difettando ogni e qualsiasi specificazione dell'affermata "eccessività" dell'offerta anche in rapporto alle ugualmente non specificate risorse disponibili, e non essendo perciò dato conoscere sulla base di quali concreti elementi di giudizio si sia pervenuti alla medesima da parte della P.A.

Come, del resto, evidenziato dall'appellata, non corrisponde al vero che il Comune di Assisi non avesse le risorse necessarie in bilancio per poter finanziare l'offerta presentata dalla Controinteressata s.n.c. Come, infatti, documentato ed ammesso dalla stessa P.A., quest'ultima aveva infatti a disposizione un finanziamento comunitario a fondo perduto di oltre 65.400,00 € per la produzione a stampa di materiale promozionale. Al momento dell'apertura delle buste il Comune di Assisi non poteva quindi sostenere in alcun modo, genericamente, che l'offerta della Controinteressata s.n.c. fosse non compatibile con le risorse disponibili.

La successiva gara informale avviata dal Comune di Assisi nell'ottobre 2007 per l'affidamento della sola stampa del materiale promozionale in questione ed assegnata alle ditte aggiudicatrici per la complessiva somma di euro 38.000,00 (doc. 8 – fascicolo Comune I grado) riconferma addirittura a posteriori che l'offerta economica presentata dagli appellati non era eccessivamente onerosa neppure rispetto ai futuri costi di stampa. Non essendo infatti mai state prodotte in atti né tantomeno indicate altre voci di spesa oggetto di finanziamento, sarebbero infatti state da destinare a spese di progettazione quasi euro 28.000,00 (euro 65.474,27 finanziati - 38.000,00 € circa per la stampa). L'offerta della Controinteressata Design s.n.c. pari ad € 22.900,00 + I.V.A. appare, pertanto, oggetto di illegittimo quanto superficiale rifiuto.

Tale assunto trova ulteriore sostegno ove si consideri che i prezzi unitari indicati nell'offerta non erano certamente vincolanti, essendo suscettibili di eventuale revisione nella fase successiva delle trattative e della conclusione del contratto (cfr. Cons. St., Sez. IV, dec. n. 4804/2001).

Quanto alla condanna al risarcimento danni, appaiono nella specie sussistenti gli elementi costitutivi dell'illecito extracontrattuale, e, in particolare, un danno ingiusto, collegato da un nesso causale al comportamento colposo dell'Amministrazione.

Quanto alla condanna al risarcimento danni, appaiono nella specie sussistenti gli elementi costitutivi dell'illecito extracontrattuale, e, in particolare, un danno ingiusto, collegato da un nesso causale al comportamento colposo dell'Amministrazione.

In merito alla colpa, premesso che per giurisprudenza maggioritaria (da ult. Cons. St., Sez. V, decc. n. 4527 del 20.07.09 e n. 4237 del 30.06.09) in sede di giudizio per il risarcimento del danno derivante da provvedimento illegittimo, il privato danneggiato può limitarsi ad invocare l'illegittimità dell'atto quale indice presuntivo della colpa - restando a carico dell'Amministrazione l'onere di dimostrare che si è trattato di un errore scusabile dell'ente (per contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione della norma, per la complessità del fatto ovvero per l'influenza di altri soggetti) - va rilevato che l'adozione dell'atto impugnato è avvenuta in violazione delle regole della parità di trattamento dei competitori, rispetto alle quali non vi possono essere particolari dubbi interpretativi, tali da configurare un errore scusabile da parte dell'Amministrazione.

In merito all'entità del risarcimento, la illegittima esclusione dalla gara della società odierna appellata ed il conseguente parimenti illegittimo affidamento della progettazione grafica alla ditta Controinteressata due ha comportato per la Stefano e Luca Controinteressata s.n.c. un ingiusto danno, sia sotto il profilo delle spese sostenute inutilmente per eseguire la progettazione di cui all'offerta presentata, sia sotto il profilo della perdita dell'utile che sarebbe derivato dalla esecuzione del contratto, che, per quanto sopra esposto, sarebbe dovuto spettare alla ditta medesima.

Con la conseguente correttezza della condanna del Comune di Assisi al risarcimento di tali danni, nella giusta misura del 10% individuata dal T.A.R. Umbria (cfr. Cons. St., Ad. Plen., dec. n. 6/2005), calcolata sull'ammontare dell'offerta presentata dalla Stefano e Luca Berti s.n.c. per i servizi messi a gara.

Da quanto finora esposto consegue che l'appello proposto dal Comune di Assisi deve essere respinto, con conseguente conferma dell'impugnata sentenza n. 335/2008 del T.A.R. Umbria.

82 P.F.G.G.A. A.N.C.H.F.

Procedura di selezione di un Comune, finalizzata all'affidamento delle prestazioni professionali di progettazione, direzione lavori, contabilità e coordinamento per la sicurezza: se la Stazione Appaltante prevede il contenuto dei curricula quale un unico criterio di selezione, è corretto che il Rup aggiudichi l'incarico al professionista che offre il prezzo più conveniente per l'Amministrazione?

E' da rilevare che l'esperienza e la capacità professionale sono stati stabiliti dall'avviso pubblico come gli unici parametri che l'Amministrazione avrebbe utilizzato per la selezione, e esclusivamente ad essi pertanto doveva attenersi l'attività del responsabile della procedura nell'individuazione dell'aggiudicatario. La generica dichiarazione di sostanziale equivalenza sotto tali profilo di tutti i candidati, oltre a risultare scarsamente attendibile in punto di fatto, si risolve nella elusione delle regole

che la stessa Amministrazione aveva stabilito, aggravata dalla inopinata applicazione di un parametro, quello del prezzo più conveniente, arbitrariamente scelto dal responsabile del procedimento, in evidente violazione dei principi più elementari in tema di gare ad evidenza pubblica. La giurisprudenza amministrativa costantemente afferma che l'informalità della gara non può dar luogo ad arbitri, dovendo comunque la scelta del contraente rispondere a criteri di logica ed attenersi a principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento. Va anche sottolineato che l'offerta economicamente più conveniente, non solo non era prevista dall'avviso pubblico come criterio utilizzabile ai fini dell'aggiudicazione, ma il prezzo offerto poteva essere legittimamente considerato dai concorrenti come voce assolutamente ininfluenza sull'esito della gara

Merita di essere segnalata la decisione numero 1599 del 14 aprile 2008, inviata per la pubblicazione in data 17 aprile 2008, emessa dal Consiglio di Stato

< L'appellante ha fatto osservare che l'avviso pubblico relativo alla procedura di selezione menzionava esclusivamente – quale criterio per l'aggiudicazione dell'incarico - “l'esperienza e della capacità professionale, in relazione alla specifica tipologia del progetto da affidare”, e a tal fine richiedeva la produzione di un curriculum, recante l'elenco e la descrizioni della pregresse prestazioni professionali dell'offerente.

Come risulta dal verbale della gara in data 27 agosto 2005, prosegue l'appellante, la selezione non ha rispettato la prescrizione dell'avviso pubblico perché il responsabile del procedimento, per un verso, ha dichiarato che i curricula presentati rivelavano “una generale qualità delle figure professionali partecipanti”, affermandone la sostanziale equivalenza senza fornire sul punto la benché minima motivazione, per altro verso aggiudicava l'incarico al professionista che aveva offerto il prezzo più conveniente per l'Amministrazione.

In tal modo la scelta del professionista sarebbe avvenuta sulla base del fattore economico, non previsto dall'avviso pubblico, che a tale riguardo si limitava a stabilire che all'aggiudicatario sarebbe spettato un compenso definito secondo le tariffe professionali.>

Ma è anche importante sapere che:

< Con riguardo a fattispecie analoga a quella qui in esame è stato affermato che nelle gare per l'aggiudicazione di contratti d'appalto, anche se svolte in via ufficiosa, l'amministrazione è tenuta ad applicare le regole da essa stessa eventualmente fissate nel bando o nella lettera di invito, atteso che queste costituiscono la "lex specialis" della gara e non possono essere disapplicate nel corso del procedimento neppure nel caso in cui talune delle regole stesse risultino inopportune o incongruamente formulate, salva la possibilità, in tal caso, di far luogo, nell'esercizio del potere di autotutela, all'annullamento del bando>

In tema di risarcimento del danno inoltre:

<La fondatezza dell'appello conduce all'accoglimento della domanda risarcitoria, apparendo chiaro che il danno subito dall'appellante è derivato da una attività provvedimentale colpevolmente illegittima, alla stregua di una normativa di gara del tutto chiara e non equivocabile.

Il danno non può essere risarcito in forma specifica, essendo già stato espletato l'incarico.

Il risarcimento per equivalente va commisurato alla perdita di chance, da quantificare, considerato il quadro dei professionisti concorrenti, nel 50% del compenso presuntivamente calcolato dall'Amministrazione in Euro 13.000,00.>

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 3965 del 23 giugno 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 8958 del 2008, proposto da:
Comune di Assisi, rappresentato e difeso dagli avv. Tosca Molini, Umberto Segarelli, con domicilio eletto presso Umberto Segarelli in Roma, via G.B. Morgagni 2/A;

contro

Stefano & Luca Controinteressata Snc Comunicazione e Design, rappresentato e difeso dall'avv. Fulvio Comito, con domicilio eletto presso Fulvio Comito in Roma, via Adolfo Rava',106; Francesco Controinteressata due & C.Grafic Design Sas, Controinteressata due Francesco;

per la riforma

della sentenza del TAR UMBRIA - PERUGIA n. 00335/2008, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO PROGETTAZIONE GRAFICA MATERIALE INFORMATICO.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Stefano & Luca Controinteressata Snc
Comunicazione e Design;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 febbraio 2010 il Cons. Nicola Russo e
uditi per le parti gli avvocati Segarelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso dinanzi al T.A.R. Umbria, sede di Perugia, la “Stefano e Luca Controinteressata s.n.c. Comunicazione e Design” impugnava la determinazione dirigenziale 14.6.07 n. 2302 e atti connessi (in particolare il verbale del 18 aprile 2007 dell'apposita Commissione), concernente l'affidamento alla Francesco Controinteressata due & C Graphic Design s.a.s.” in esito al procedimento indetto dal Comune di Assisi per l'acquisizione in economia della progettazione grafica di materiale informativo e promozionale.

Nel ricorso si formulavano articolate censure di violazione di legge e di eccesso di potere, sostenendo, in estrema sintesi, che:

- l'aggiudicataria ditta Controinteressata due avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver corredato la propria offerta dalle bozze di progetto;
- il preventivo della ditta stessa è stato firmato dal signor Controinteressata due per conto della Francesco Controinteressata due & C s.a.s. mentre l'invito e l'aggiudicazione erano stati indirizzati al signor Controinteressata due in proprio;
- il Comune, contrariamente a quanto affermato negli atti di aggiudicazione, avrebbe avuto risorse finanziarie adeguate per sostenere il maggior costo dell'offerta della ricorrente;

- i progetti delle ditte concorrenti non sono stati valutati e confrontati dal punto di vista qualitativo.

Si chiedeva, inoltre, la condanna del Comune intimato al risarcimento dei danni.

Il Comune di Assisi si costituiva in giudizio controdeducendo articolatamente, fra l'altro eccependo che, non trattandosi nella specie di una vera e propria gara, non vi sarebbero margini per il sindacato di legittimità.

Il T.A.R. adito, con sentenza n. 335/08 del 7 luglio 2008, premesso che, pur trattandosi di una procedura negoziata preceduta da una consultazione informale (gara ufficiosa), peraltro, <<allorché l'Amministrazione comunque si autodisciplini dettando delle regole procedurali per lo svolgimento della negoziazione è vincolata al loro rispetto>>, accoglieva il ricorso, rilevando che <<la lettera d'invito prevede senz'ombra di dubbio che i concorrenti debbano presentare “il progetto grafico ed un campione di stampa” oltre all'offerta economica>> e che <<è pacifico in causa che l'offerta dell'aggiudicataria non fosse corredata, al momento della sua presentazione, né dal progetto né dal campione, come del resto è stato dichiarato dalla Commissione Giudicatrice nel verbale 18 aprile 2007>>, tanto ciò vero che la Commissione stessa stabilì di richiedere alla ditta Controinteressata due detto materiale, riservandosi ogni decisione circa l'aggiudicazione definitiva dopo aver preso visione del materiale stesso, per cui sarebbe <<palesa la violazione delle disposizioni sulla formulazione dell'offerta, del tutto logiche e tassative...>> e sarebbe altresì evidente <<la violazione della par condicio fra i concorrenti essendo stato consentito alla ditta aggiudicataria di integrare la propria offerta dopo la scadenza del termine di presentazione>>.

Il Tribunale, dunque, accoglieva il ricorso sotto tali aspetti, assorbendo l'esame dei rimanenti profili di censura, e, in conseguenza, annullava il provvedimento di aggiudicazione, ed accoglieva, altresì, la domanda risarcitoria, liquidando il danno nella misura del 10% della base di gara, o meglio, calcolato sull'offerta della

ricorrente, come presunto utile perduto, <<giacché questa avrebbe dovuto essere la vincitrice, visto che hanno partecipato alla gara solo l'aggiudicataria (che avrebbe dovuto essere esclusa) e la ricorrente (verbale di gara 18 aprile 2008 cit.)>>.

Con ricorso notificato in data 4.11.2008 il Comune di Assisi ha impugnato la prefata sentenza, deducendone l'erroneità e l'ingiustizia e chiedendone la riforma, con conseguente rigetto del ricorso introduttivo di prime cure e con vittoria delle spese del doppio grado di giudizio.

Si è costituita la Controinteressata s.n.c., chiedendo il rigetto dell'appello, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

Le parti costituite hanno depositato memorie illustrative e alla pubblica udienza del 19 febbraio 2010 la causa è stata assunta in decisione. In data 23 febbraio 2010 è stato pubblicato il dispositivo n. 121/2010.

DIRITTO

E' impugnata la sentenza del T.A.R. Umbria n. 335/08, meglio indicata in epigrafe, con cui è stato accolto il ricorso della Stefano e Luca Controinteressata s.n.c. avverso il provvedimento di aggiudicazione relativo ad un procedimento avviato dal Comune di Assisi per l'acquisizione della progettazione grafica di materiale informativo e promozionale per il Servizio Turistico Associato di Assisi, con condanna del Comune medesimo al risarcimento dei danni ed al pagamento delle spese di lite in favore dell'odierna appellata.

L'appello è infondato.

Il Comune di Assisi afferma l'erroneità della sentenza impugnata, anzitutto, in quanto avrebbe travisato i fatti. Nella ricostruzione proposta dall'appellante, infatti, a seguito dell'esame delle offerte presentate la Commissione istituita dal Comune avrebbe in realtà rilevato l'inammissibilità di entrambe le proposte (Controinteressata due e Berti) e quindi, ritenuta superflua la prosecuzione dell'indagine esplorativa, il solo Dirigente competente avrebbe proceduto al

(legittimo) affidamento alla ditta Controinteressata due in base al Regolamento Comunale che consente tale affidamento per servizi di valore inferiore ai € 10.000,00.

L'integrazione (rectius il primo deposito) documentale della Controinteressata due sarebbe quindi avvenuta non già dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, come erroneamente rilevato dal T.A.R., bensì prima di concludere l'affidamento diretto. In base a tale ricostruzione conseguirebbe la erronea declaratoria di illegittimità dal parte del T.A.R. degli atti impugnati.

In secondo luogo, l'appellante sostiene che il T.A.R. Umbria avrebbe erroneamente disposto il risarcimento del danno non avendo statuito sulla effettiva sussistenza dello stesso. L'appellante rileva, infatti, come il Comune abbia legittimamente valutato come non accettabile la proposta della Berti s.n.c. (in quanto eccessivamente onerosa) e che per tale motivo l'odierna appellata non avrebbe potuto comunque essere l'affidataria del servizio in questione.

In subordine, il Comune di Assisi ritiene che il risarcimento del danno riconosciuto in primo grado non sarebbe comunque dovuto mancando l'elemento della colpa in capo all'Ente locale.

Infine, in ulteriore subordine, non potrebbe essere applicato il risarcimento del danno nella misura del 10 % del prezzo a base d'asta, o meglio, calcolato sull'offerta della ricorrente, come presunto utile perduto, essendo tale criterio ingiusto proprio per l'eccessività del prezzo richiesto dalla Controinteressata s.n.c.

Rileva il Collegio come appaia in primo luogo infondata la ricostruzione in fatto ed in diritto operata dalla difesa del Comune appellante, la quale, cercando di dare una plausibile giustificazione all'illegittimo operato della P.A., sostiene - invero per la prima volta nel corso del presente giudizio di appello - che il Comune avrebbe in realtà posto in essere due distinti procedimenti: il primo iniziato con un'indagine esplorativa, ma interrotto dalla Commissione senza esame comparativo delle

proposte dopo aver rilevato la inammissibilità di entrambi i preventivi presentati, il secondo avviato dal solo dirigente competente e terminato con l'affidamento diretto del servizio alla ditta Controinteressata due.

Come fondatamente eccepito dall'appellata, la rappresentazione fattuale e giuridica proposta dall'appellante, oltre che non coerente rispetto alla diversa impostazione sostenuta in primo grado (fondata esclusivamente sulla supposta eccessiva onerosità dell'offerta del Controinteressata), appare in contrasto con le chiare risultanze documentali.

In data 18.4.07 la Commissione incaricata di procedere all'esame delle offerte, una volta asserita l'eccessiva onerosità del preventivo dell'odierna appellata, ha ritenuto conseguentemente - in assenza di altre offerte - che "l'unica proposta da prendere in considerazione" - pur in assenza delle bozze di progetto richieste dalla lex specialis - fosse quella del "grafico Controinteressata due", richiedendo solo a quest'ultimo la produzione del materiale suddetto e "riservandosi ogni decisione in merito all'aggiudicazione definitiva dopo aver visionato lo stesso".

Nella determinazione dirigenziale di affidamento, n. 2302 del 14 giugno 2007 - dopo aver dato atto della lettera di invito del marzo 2007, del verbale (in atti) del 18.04.07 nel quale si precisa che la sola offerta da considerare è quella del Controinteressata due e precisato che <<lo stesso Controinteressata due, a seguito di specifica richiesta>> avrebbe provveduto <<ad integrare>> le bozze di materiale da realizzare, risultato <<di buona qualità e conforme alle esigenze dell'Amministrazione>> - il dirigente Ciavaglia provvedeva ad affidare i lavori di progettazione sopra indicati proprio allo stesso "grafico Francesco Controinteressata due".

Come fondatamente eccepito dall'appellate, dunque, nessuna interruzione del procedimento di affidamento in economia c'è quindi mai stata né tantomeno alcuna dichiarazione, neppure implicita, dell'inammissibilità di entrambi i

preventivi esaminati o di esito pienamente negativo della gara ufficiosa. Emerge infatti per tabulas la continuità ed unicità del procedimento avviato con la richiesta dei cinque preventivi, proseguito con la prima riunione della Commissione dell'aprile 2007 e terminato con il provvedimento dirigenziale di affidamento, n. 2302/2007, impugnato in prime cure.

Appare quindi di tutta evidenza l'illegittimità dell'operato del dirigente (e per esso) del Comune di Assisi che, in spregio alla autolimitazione procedimentale che la stessa Amministrazione si era posta con la prescrizione del verbale 16 aprile 2007 della Commissione (la quale aveva riservato a sé ogni decisione in merito all'aggiudicazione definitiva "dopo aver visionato" il materiale di progetto), ha proceduto direttamente, e senza previamente investire la Commissione al fine di conoscerne la relativa decisione circa l'aggiudicazione, a "visionare" ed a valutare la qualità e la idoneità tecnica delle bozze di progetto (tardivamente) presentate dalla ditta Controinteressata due, ed a disporre l'affidamento della progettazione grafica in favore della stessa, in tal modo illegittimamente sovrapponendo il proprio giudizio e la relativa decisione a quelli espressamente riservati(si) alla Commissione. Mai infatti la Commissione si è spogliata del proprio potere decisionale riservandosi anzi espressamente ogni decisione in merito dopo aver visionato il materiale della sola ditta Controinteressata due.

Va, dunque, ribadita l'illegittimità - sotto il profilo della violazione di legge - degli atti posti in essere dal Comune di Assisi. Avendo avviato una gara informale finalizzata al successivo affidamento di un servizio attraverso una procedura negoziata, la P.A. avrebbe dovuto rispettare rigorosamente le regole dalla stessa stabilite nella lettera di invito ed i più generali principi di trasparenza e par condicio insiti nel concetto di gara stesso (cfr. Cons. St., Sez. V, dec. n. 192/1997, n. 3856/2003, n. 1599/2008).

In particolare appare corretta la statuizione del primo giudice che ha rilevato nel caso di specie la attestata mancata presentazione nel prescritto termine delle (richieste) bozze di progetto – la cui essenzialità, del resto, è evidente, anche in relazione al proclamato “intento di fornire una rinnovata immagine del territorio attraverso una nuova veste grafica, nuove immagini e nuovi progetti” (come recita la stessa lettera di invito) ed all’altrettanto esplicitamente disposta necessità di valutare anche “la qualità del progetto grafico” ai fini della scelta della ditta cui affidare la progettazione grafica, per cui l’Amministrazione null’altro poteva fare che disporre l’esclusione della ditta Controinteressata due senza poter in alcun modo concedere (solo) alla stessa un termine ulteriore e successivo alla prescritta scadenza per presentare “le bozze di progetto richieste”. Con la conseguente illegittimità tanto del verbale 18 aprile 2007 della predetta Commissione (per quanto essa ha disposto di richiedere alla medesima ditta “il materiale suddetto” riservandosi di procedere alla aggiudicazione), quanto della determinazione dirigenziale n. 2302/2007, che ha proceduto all’affidamento a favore di Controinteressata due Francesco nel dichiarato presupposto che “a seguito di specifica richiesta” lo stesso avrebbe “provveduto ad integrare le bozze di materiale da realizzare”.

Come giustamente rilevato dall’appellata, ove la P.A. avesse proceduto seguendo le regole dell’evidenza pubblica in modo da garantire alle imprese partecipanti di concorrere in condizioni di parità ed a se stessa di scegliere l’offerta migliore attraverso una procedura di valutazione oggettivamente verificabile (cfr. Cons. St., Sez. V, dec. n. 5633/2000), avrebbe dovuto escludere la Ditta Controinteressata due per i motivi sopra specificati, decidendo, quindi, visti anche i tempi molto ristretti per la stampa del materiale promozionale e la rendicontazione alla Regione Umbria dei costi sostenuti al fine di ottenere il finanziamento, di concludere l’acquisizione del servizio in economia con la Stefano e Luca Controinteressata

Design s.n.c., unica società che aveva nei termini prescritti presentato l'offerta economica nonché le bozze di progetto e la relazione descrittiva delle stesse.

L'esclusione invece dell'odierna appellata è avvenuta senza una congrua motivazione che ripercorresse i presupposti di fatto e le argomentazioni giuridiche, esaurendosi in una del tutto generica affermazione che l'offerta stessa sarebbe "eccessivamente onerosa" e pertanto "non compatibile con le risorse disponibili", senza peraltro la evidenziazione e la specificazione delle ragioni in base ai quali la stessa sarebbe da ritenersi, di per sé (e cioè per la entità delle somme richieste, per le singole prestazioni ed in totale) o in relazione alla risorse specificamente disponibili per il divisato intervento, "inaccettabile" perché troppo gravosa sotto il profilo economico.

Come fondatamente dedotto dall'appellata, non è dato infatti comprendere in base a quale puntuale ragione giustificatrice la stessa si fondi, difettando ogni e qualsiasi specificazione dell'affermata "eccessività" dell'offerta anche in rapporto alle ugualmente non specificate risorse disponibili, e non essendo perciò dato conoscere sulla base di quali concreti elementi di giudizio si sia pervenuti alla medesima da parte della P.A.

Come, del resto, evidenziato dall'appellata, non corrisponde al vero che il Comune di Assisi non avesse le risorse necessarie in bilancio per poter finanziare l'offerta presentata dalla Controinteressata s.n.c. Come, infatti, documentato ed ammesso dalla stessa P.A., quest'ultima aveva infatti a disposizione un finanziamento comunitario a fondo perduto di oltre 65.400,00 € per la produzione a stampa di materiale promozionale. Al momento dell'apertura delle buste il Comune di Assisi non poteva quindi sostenere in alcun modo, genericamente, che l'offerta della Controinteressata s.n.c. fosse non compatibile con le risorse disponibili.

La successiva gara informale avviata dal Comune di Assisi nell'ottobre 2007 per l'affidamento della sola stampa del materiale promozionale in questione ed

assegnata alle ditte aggiudicatrici per la complessiva somma di euro 38.000,00 (doc. 8 – fascicolo Comune I grado) riconferma addirittura a posteriori che l'offerta economica presentata dagli appellati non era eccessivamente onerosa neppure rispetto ai futuri costi di stampa. Non essendo infatti mai state prodotte in atti né tantomeno indicate altre voci di spesa oggetto di finanziamento, sarebbero infatti state da destinare a spese di progettazione quasi euro 28.000,00 (euro 65.474,27 finanziati - 38.000,00 € circa per la stampa). L'offerta della Controinteressata Design s.n.c. pari ad € 22.900,00 + I.V.A. appare, pertanto, oggetto di illegittimo quanto superficiale rifiuto.

Tale assunto trova ulteriore sostegno ove si consideri che i prezzi unitari indicati nell'offerta non erano certamente vincolanti, essendo suscettibili di eventuale revisione nella fase successiva delle trattative e della conclusione del contratto (cfr. Cons. St., Sez. IV, dec. n. 4804/2001).

Quanto alla condanna al risarcimento danni, appaiono nella specie sussistenti gli elementi costituitivi dell'illecito extracontrattuale, e, in particolare, un danno ingiusto, collegato da un nesso causale al comportamento colposo dell'Amministrazione.

In merito alla colpa, premesso che per giurisprudenza maggioritaria (da ult. Cons. St., Sez. V, decc. n. 4527 del 20.07.09 e n. 4237 del 30.06.09) in sede di giudizio per il risarcimento del danno derivante da provvedimento illegittimo, il privato danneggiato può limitarsi ad invocare l'illegittimità dell'atto quale indice presuntivo della colpa - restando a carico dell'Amministrazione l'onere di dimostrare che si è trattato di un errore scusabile dell'ente (per contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione della norma, per la complessità del fatto ovvero per l'influenza di altri soggetti) - va rilevato che l'adozione dell'atto impugnato è avvenuta in violazione delle regole della parità di trattamento dei competitori, rispetto alle quali

non vi possono essere particolari dubbi interpretativi, tali da configurare un errore scusabile da parte dell'Amministrazione.

In merito all'entità del risarcimento, la illegittima esclusione dalla gara della società odierna appellata ed il conseguente parimenti illegittimo affidamento della progettazione grafica alla ditta Controinteressata due ha comportato per la Stefano e Luca Controinteressata s.n.c. un ingiusto danno, sia sotto il profilo delle spese sostenute inutilmente per eseguire la progettazione di cui all'offerta presentata, sia sotto il profilo della perdita dell'utile che sarebbe derivato dalla esecuzione del contratto, che, per quanto sopra esposto, sarebbe dovuto spettare alla ditta medesima.

Con la conseguente correttezza della condanna del Comune di Assisi al risarcimento di tali danni, nella giusta misura del 10% individuata dal T.A.R. Umbria (cfr. Cons. St., Ad. Plen., dec. n. 6/2005), calcolata sull'ammontare dell'offerta presentata dalla Stefano e Luca Berti s.n.c. per i servizi messi a gara.

Da quanto finora esposto consegue che l'appello proposto dal Comune di Assisi deve essere respinto, con conseguente conferma dell'impugnata sentenza n. 335/2008 del T.A.R. Umbria.

Le spese, funzioni ed onorari del grado, in virtù del principio della soccombenza, vengono poste a carico dell'appellante e liquidate nella misura di cui in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello.

Condanna il Comune appellante al pagamento delle spese del presente grado in favore della società appellata, liquidandole complessivamente in euro 3.000,00, oltre I.V.A. e C.P.A.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 febbraio 2010 con l'intervento dei Signori:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente FF

Cesare Lamberti, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/06/2010

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

Il Dirigente della Sezione