

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 02/09/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/30002-nel-sistema-della-licitazione-privata-con-il-metodo-dell-offerta-economicamente-pi-vantaggiosa-e-a-maggior-ragione-quando-si-tratti-di-appalto-concorso-la-possibilit-di-indicare-soluzioni-tecnich>

Autore: Lazzini Sonia

Nel sistema della licitazione privata con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa (e a maggior ragione quando si tratti di appalto concorso) la possibilità di indicare soluzioni tecniche alternative rientra proprio nelle caratteristiche tipi

Tar Toscana, Firenze, 07.07.2010 n. 2343

Nel sistema della licitazione privata con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa (e a maggior ragione quando si tratti di appalto concorso) la possibilità di indicare soluzioni tecniche alternative rientra proprio nelle caratteristiche tipiche di tale metodo di aggiudicazione

essendosi il giudizio di annullamento concluso con una pronuncia di rigetto per infondatezza, anche la domanda risarcitoria va rigettata non potendosi pervenire ad una dimostrazione dell'illiceità della condotta dell'Amministrazione

nelle procedure di valutazione comparativa concorrenziale, in assenza di una univoca disposizione della "lex specialis" di gara ovvero di un obbligo nascente da espressa previsione di legge, non è possibile disporre l'estromissione dalla procedura di un concorrente per l'asserita inosservanza di taluna delle previsioni del bando o del capitolato speciale

In definitiva, solo in presenza di una precisa e dettagliata clausola di esclusione e in ipotesi di palese, evidente, difformità con le prescrizioni della legge di gara, può essere disposta l'esclusione medesima. In caso contrario sarà la commissione tecnica a graduare la valutazione secondo parametri neutri e prestabiliti.

L'affermazione di principio di cui sopra trova concreta applicazione nella fattispecie all'esame nella quale è agevole rilevare che non vi è alcuna disposizione, nel bando o nel capitolato speciale, che a fronte di un'offerta ritenuta non conforme a quanto in essi disposto, imponga l'esclusione della ditta che se ne sia resa autrice.

Al riguardo l'art. 7 del capitolato speciale concernente l'appalto concorso per il restauro del teatro Goldoni (invocato dalle ricorrenti) si limita a stabilire che "...l'Appaltatore è tenuto all'esatta osservanza delle disposizioni del capitolato generale approvato con D.M. LL.PP. n. 145 del 19/04/2000, nonché del Regolamento approvato con D.P.R. n. 554 del 21/12/1999...".

E, d'altro canto, il punto 1, lett. b) delle disposizioni integrative del bando con riferimento al computo metrico estimativo afferma che esso "potrà essere sviluppato e modificato dall'impresa in relazione al progetto da questa presentato".

A precisazione del suddetto principio è, inoltre, utile evidenziare che, allorché sussista un'effettiva incertezza ermeneutica, si impone un criterio di interpretazione suppletivo, che è quello c.d. teleologico, in ragione del quale l'inosservanza di una determinata prescrizione della lex specialis circa le modalità di presentazione dell'offerta implica l'esclusione del concorrente solo quando si tratta di clausole rispondenti ad un particolare interesse dell'Amministrazione appaltante o poste a garanzia della par condicio tra i concorrenti e del correlato principio di segretezza delle offerte, giacché tra più interpretazioni delle norme di gara è da preferire quella che conduca alla partecipazione del maggior numero possibile di aspiranti, al fine di consentire, nell'interesse pubblico, una selezione più accurata tra un ventaglio più ampio di offerte (in termini, tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 28 settembre 2009, n. 5810; Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4252).

Orbene, nel caso che ne occupa non si palesa la sussistenza di un siffatto interesse dell'Amministrazione atteso che, trattandosi di un appalto concorso, potevano discrezionalmente essere valutati (come in effetti è accaduto) anche gli aspetti progettuali che si discostassero da quello originariamente approntato dalla Stazione appaltante.

Infatti, come precisato dalla giurisprudenza, nel sistema della licitazione privata con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa (e a maggior ragione quando si tratti di appalto concorso) la possibilità di indicare soluzioni tecniche alternative rientra proprio nelle caratteristiche tipiche di tale

metodo di aggiudicazione (Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2000, n. 5666; T.A.R. Piemonte, sez. II, 8 novembre 2005, n. 3442).

Né, sotto altro punto di vista, si è prodotta alcuna lesione del principio di imparzialità e della par condicio tra le ditte concorrenti, tant'è che per la soluzione proposta dalla controinteressata la commissione tecnica non ha attribuito il punteggio massimo, ma un punteggio di circa il 30% inferiore, avendo tenuto conto della differenza qualitativa evidenziata dalle ricorrenti.

Per le considerazioni che precedono il ricorso deve pertanto essere rigettato.

Da ultimo, qualche considerazione va spesa in merito alla domanda di risarcimento del danno avanzata come autonomo capo di domanda dall'ATI ricorrente.

L'azione è evidentemente subordinata all'accoglimento della domanda di annullamento dell'atto impugnato e implica una valutazione dell'atto amministrativo che si assume illecito alla luce dei vizi che lo inficiano e della gravità delle violazioni imputabili all'amministrazione, dovendosi verificare se l'adozione e l'esecuzione dell'atto impugnato siano avvenute in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona fede.

In altre parole, l'accertamento di illiceità della condotta amministrativa presuppone un apprezzamento di illegittimità dell'atto autoritativo atteso il carattere consequenziale e ulteriore della tutela risarcitoria, espressamente posto dall'art. 35, d.lgs. n. 80 del 1998.

Se ne deve concludere che essendosi il giudizio di annullamento concluso con una pronuncia di rigetto per infondatezza, anche la domanda risarcitoria va rigettata non potendosi pervenire ad una dimostrazione dell'illiceità della condotta dell'Amministrazione nei sensi sopra precisati.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza come da liquidazione fattane in dispositivo.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 2343 del 7 luglio 2010 pronunciata dal Tar Toscana, Firenze

N. 02343/2010 REG.SEN.

N. 01383/2003 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1383 del 2003, proposto da: Soc. Ricorrente S.r.l. e Soc. Linea Ricorrente due s.n.c., in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dagli avv. Francesco Massimo Pozzi, Raffaella Rampazzo, con domicilio eletto presso Francesco Massimo Pozzi in Firenze, lungarno A. Vespucci n. 20;

contro

Comune di Livorno, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Lucia Macchia, Paolo Macchia, con domicilio eletto presso Segreteria T.A.R., in Firenze, via Ricasoli n. 40;

nei confronti di

CONTROINTERESSATA s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Volpe, con domicilio eletto presso Duccio Maria Traina in Firenze, via Lamarmora 14;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del verbale dell'11/7/2003 della Commissione di gara di approvazione della graduatoria finale dell'appalto concorso per la fornitura e posa in opera di arredi, infissi e tendaggi per il Teatro Goldoni e l'ex caserma Rimediotti, e della dichiarazione della ditta CONTROINTERESSATA s.r.l. come prima in graduatoria e provvisoriamente aggiudicataria dell'appalto;

degli gli atti presupposti, ivi compresi tutti i verbali della Commissione esaminatrice di valutazione dell'offerta e gli atti conseguenti, quali l'aggiudicazione definitiva ed il contratto di appalto se stipulato;

nonché per la condanna

dell'Amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica o, in via subordinata, per equivalente dei danni patiti dalle ricorrenti per atti e

comportamenti amministrativi, riservata ogni maggiore deduzione ed istanza istruttoria;

e con i motivi aggiunti del 22 ottobre 2003,

per l'annullamento

della determinazione dirigenziale n. 2395 del 17/7/2003 dell'Ing. Paolo Domenici del Comune di Livorno;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Livorno;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e il ricorso incidentale della ditta CONTROINTERESSATA S.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio proposto dal ricorrente incidentale Soc. CONTROINTERESSATA S.r.l.,

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2010 il dott. Bernardo Massari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Il Comune di Livorno, con bando pubblicato dal 23 aprile al 17 giugno 2003, indiceva un appalto concorso per l'affidamento del contratto di fornitura e posa in opera di arredi, infissi e tendaggi per il Teatro Goldoni e l'ex caserma Rimediotti.

L'aggiudicazione della gara, con un importo a base d'asta di € 689.785,07, era regolata dal metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ex art. 19, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 358/1992.

Agli artt. 3 e 4 del capitolato speciale era precisata la descrizione della fornitura degli arredi e delle loro caratteristiche qualitative, nonché la necessità per le imprese concorrenti di depositare una campionatura dei materiali offerti.

Quanto all'articolazione dei punteggi, la legge di gara ne stabiliva la seguente determinazione: 1) prezzo complessivo, coefficiente 0,35; 2) tempo di produzione, coefficiente 0,05; 3) valore tecnico estetico delle opere di arredo progettate, coefficiente 0,60.

Nella seduta dell'11 luglio 2003 la commissione di gara attribuiva all'ATI ricorrente il miglior punteggio (pari a 10,00) per l'offerta progettuale, mentre alla società controinteressata veniva attribuito il punteggio di 7,52.

Per quanto attiene all'offerta economica quest'ultima indicava il prezzo di € 570.003,89, mentre la parte ricorrente offriva il valore di € 688.055,00.

Dalla sommatoria dei due elementi scaturiva l'aggiudicazione in favore della ditta CONTROINTERESSATA.

Tuttavia, esaminando offerta progettuale di quest'ultima, parte ricorrente ne riscontrava la non rispondenza ai requisiti minimi prescritti nel capitolato speciale d'appalto: in particolare risultava che il tessuto necessario per l'approntamento del tendaggio del sipario e degli altri tendaggi del teatro palesava una grammatura inferiore a quella prevista dalla legge di gara.

Conseguentemente, la società in intestazione proponeva ricorso avverso l'atto di aggiudicazione chiedendone l'annullamento, previa sospensione, con vittoria di spese e deducendo i motivi che seguono:

- Violazione di legge con riferimento all'art. 19 del d.lgs. n. 358/1992. Eccesso di potere per violazione del capitolato speciale, delle norme integrative del bando e del principio della par condicio tra i concorrenti. Eccesso di potere per difetto di istruttoria.

Si costituiva in giudizio l'Amministrazione intimata opponendosi all'accoglimento del gravame.

Costituendosi in giudizio, la società controinteressata CONTROINTERESSATA S.r.l. ha proposto anche ricorso incidentale, avanzando le seguenti doglianze:

1. Difetto di legittimazione e di interesse a ricorrere dell'ATI Ricorrente S.r.l. e Soc. Linea Ricorrente due s.n.c. per insufficienza della documentazione presentata e difformità dei materiali offerti rispetto al progetto guida e al capitolato speciale.

Con ordinanza n. 919/03 depositata il 9 settembre 2003 veniva respinta la domanda incidentale di sospensione dell'efficacia dell'atto impugnato.

A seguito del deposito in giudizio da parte dell'amministrazione della determinazione dirigenziale n. 2395 del 17 luglio 2003 recante l'aggiudicazione definitiva della gara, la parte ricorrente proponeva motivi aggiunti di ricorso, deducendo censure analoghe a quelle avanzate con l'atto introduttivo del giudizio e chiedendo, ex art. 2043 cod. civ., il risarcimento del danno asseritamente subito.

Alla pubblica udienza del 4 giugno 2010 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Con il ricorso in esame viene impugnato l'atto del Comune di Livorno di aggiudicazione definitiva, in favore della ditta CONTROINTERESSATA s.r.l., dell'appalto concorso per la fornitura e posa in opera di arredi, infissi e tendaggi per il Teatro Goldoni e l'ex caserma Rimediotti, unitamente ai presupposti verbali della Commissione esaminatrice.

Per ragioni di economia processuale appare ultroneo il preventivo esame del ricorso incidentale dispiegato dalla controinteressata e ciò in quanto, secondo il principio di ordine generale in tema di valutazione delle impugnazioni incidentali, quest'ultimo può aver luogo solo dopo lo scrutinio di fondatezza del ricorso principale, perché è solo questa e non la mera proposizione del ricorso principale

stesso a far sorgere interesse della parte all'esame della censura incidentale (Cass. sez. un. 15 gennaio 2010, n. 530).

In primo luogo, va disattesa l'eccezione del Comune di Livorno di improcedibilità del ricorso per omessa impugnazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara atteso che, come rilevato in narrativa, le ricorrenti hanno provveduto in tal senso attraverso la proposizione di motivi aggiunti.

Il ricorso principale va, peraltro, ritenuto infondato per le ragioni di seguito esposte.

Assume parte ricorrente, con l'unica doglianza prospettata, che la ditta aggiudicataria doveva essere esclusa dalla gara in quanto, contravvenendo a quanto specificato dall'art. 4 del capitolato speciale in ordine ai profili qualitativi dell'offerta (segnatamente a quello relativo alla tipologia di tessuto per i tendaggi e al sipario del teatro), avrebbe depositato, così come richiesto dal bando, una dichiarazione di conformità degli arredi in questione dalla quale emerge che il materiale proposto non avrebbe le caratteristiche prescritte.

Ne discende che, poiché l'art. 7 del capitolato imponeva alle imprese concorrenti l'obbligo dell'esatta osservanza delle disposizioni ivi contenute, la commissione non avrebbe potuto valutare l'offerta della CONTROINTERESSATA, ma avrebbe dovuto pronunciarne l'estromissione dalla gara.

La tesi non può essere seguita.

In primo luogo va rammentato che, per consolidata giurisprudenza, nelle procedure di valutazione comparativa concorrenziale, in assenza di una univoca disposizione della "lex specialis" di gara ovvero di un obbligo nascente da espressa previsione di legge, non è possibile disporre l'estromissione dalla procedura di un concorrente per l'asserita inosservanza di taluna delle previsioni del bando o del capitolato speciale (cfr. Cons. Stato sez. V, 14 aprile 2008, n. 1665; id. 21 giugno 2006, n. 3703; TAR Sardegna, sez. I, 19 maggio 2009, n. 724).

In definitiva, solo in presenza di una precisa e dettagliata clausola di esclusione e in ipotesi di palese, evidente, difformità con le prescrizioni della legge di gara, può essere disposta l'esclusione medesima. In caso contrario sarà la commissione tecnica a graduare la valutazione secondo parametri neutri e prestabiliti.

L'affermazione di principio di cui sopra trova concreta applicazione nella fattispecie all'esame nella quale è agevole rilevare che non vi è alcuna disposizione, nel bando o nel capitolato speciale, che a fronte di un offerta ritenuta non conforme a quanto in essi disposto, imponga l'esclusione della ditta che se ne sia resa autrice.

Al riguardo l'art. 7 del capitolato speciale concernente l'appalto concorso per il restauro del teatro Goldoni (invocato dalle ricorrenti) si limita a stabilire che *"...l'Appaltatore è tenuto all'esatta osservanza delle disposizioni del capitolato generale approvato con D.M. LL.PP. n. 145 del 19/04/2000, nonché del Regolamento approvato con D.P.R. n. 554 del 21/12/1999..."*.

E, d'altro canto, il punto 1, lett. b) delle disposizioni integrative del bando con riferimento al computo metrico estimativo afferma che esso *"potrà essere sviluppato e modificato dall'impresa in relazione al progetto da questa presentato"*.

A precisazione del suddetto principio è, inoltre, utile evidenziare che, allorché sussista un'effettiva incertezza ermeneutica, si impone un criterio di interpretazione suppletivo, che è quello c.d. teleologico, in ragione del quale l'inosservanza di una determinata prescrizione della *lex specialis* circa le modalità di presentazione dell'offerta implica l'esclusione del concorrente solo quando si tratta di clausole rispondenti ad un particolare interesse dell'Amministrazione appaltante o poste a garanzia della *par condicio* tra i concorrenti e del correlato principio di segretezza delle offerte, giacché tra più interpretazioni delle norme di gara è da preferire quella che conduca alla partecipazione del maggior numero possibile di aspiranti, al fine di consentire, nell'interesse pubblico, una selezione più accurata tra un

vantaggio più ampio di offerte (in termini, tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 28 settembre 2009, n. 5810; Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4252).

Orbene, nel caso che ne occupa non si palesa la sussistenza di un siffatto interesse dell'Amministrazione atteso che, trattandosi di un appalto concorso, potevano discrezionalmente essere valutati (come in effetti è accaduto) anche gli aspetti progettuali che si discostassero da quello originariamente approntato dalla Stazione appaltante.

Infatti, come precisato dalla giurisprudenza, nel sistema della licitazione privata con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa (e a maggior ragione quando si tratti di appalto concorso) la possibilità di indicare soluzioni tecniche alternative rientra proprio nelle caratteristiche tipiche di tale metodo di aggiudicazione (Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2000, n. 5666; T.A.R. Piemonte, sez. II, 8 novembre 2005, n. 3442).

Né, sotto altro punto di vista, si è prodotta alcuna lesione del principio di imparzialità e della *par condicio* tra le ditte concorrenti, tant'è che per la soluzione proposta dalla controinteressata la commissione tecnica non ha attribuito il punteggio massimo, ma un punteggio di circa il 30% inferiore, avendo tenuto conto della differenza qualitativa evidenziata dalle ricorrenti.

Per le considerazioni che precedono il ricorso deve pertanto essere rigettato.

Per le medesime ragioni, attesa l'identità delle censure prospettate, vanno respinti i motivi aggiunti di ricorso.

Quanto al ricorso incidentale, l'infondatezza del gravame principale ne determina l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse.

Da ultimo, qualche considerazione va spesa in merito alla domanda di risarcimento del danno avanzata come autonomo capo di domanda dall'ATI ricorrente.

L'azione è evidentemente subordinata all'accoglimento della domanda di annullamento dell'atto impugnato e implica una valutazione dell'atto

amministrativo che si assume illecito alla luce dei vizi che lo inficiano e della gravità delle violazioni imputabili all'amministrazione, dovendosi verificare se l'adozione e l'esecuzione dell'atto impugnato siano avvenute in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona fede.

In altre parole, l'accertamento di illiceità della condotta amministrativa presuppone un apprezzamento di illegittimità dell'atto autoritativo atteso il carattere consequenziale e ulteriore della tutela risarcitoria, espressamente posto dall'art. 35, d.lgs. n. 80 del 1998.

Se ne deve concludere che essendosi il giudizio di annullamento concluso con una pronuncia di rigetto per infondatezza, anche la domanda risarcitoria va rigettata non potendosi pervenire ad una dimostrazione dell'illiceità della condotta dell'Amministrazione nei sensi sopra precisati.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza come da liquidazione fattane in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo per la Toscana, sez. 2^a, definitivamente pronunciando, respinge il ricorso e i motivi aggiunti successivamente proposti.

Respinge la domanda di risarcimento del danno.

Dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che, in via forfetaria, si liquidano complessivamente in € 3.000,00 (tremila/00), oltre Iva e Cpa.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere, Estensore

Pietro De Berardinis, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/07/2010

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

IL SEGRETARIO