



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 Calabria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 339 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Societa' Ifm S.r.l. con Sede in Catanzaro, rappresentato e difeso dagli avv. Angelo Polacco, Amalia Polacco, con domicilio eletto presso Angelo Polacco in Catanzaro, via Acri,30;

contro

Comune di Isola di Capo Rizzuto Sindaco, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Spadafora, con domicilio eletto presso Giuseppe Spadafora in Catanzaro, via XX Settembre, 63;

nei confronti di

Cel Informatica Srl;

per l'annullamento

della determina del Responsabile del III settore del Comune di Isola

Capo Rizzuto n. 5 del 20 gennaio 2009 (prot. n. 870/2009) con la quale è stata indetta una procedura ad evidenza pubblica, ristretta, senza previa pubblicazione del bando, avente ad oggetto il “servizio di ammodernamento del sistema informatico comunale e sistema ecografico – servizi di e-government – portale di @-democracy” , recante altresì la lettera d’invito all’odierna ricorrente nonché i relativi allegati;

della determina del Responsabile del III settore del Comune di Isola Capo Rizzuto n. 28 del 3 febbraio 2009 (reg. gen. n. 51 dell’11 febbraio 2009, pubblicata in data 12 febbraio 2009) recante la comunicazione dell’aggiudicazione provvisoria alla Società CEL Informatica S.r.l. nonché di tutti i relativi allegati nonché l’atto di aggiudicazione provvisoria medesimo;

dei verbali delle relative operazioni di gara, tenutesi in data 30 gennaio 2009;

-di tutti gli atti collegati, presupposti o comunque connessi a quelli impugnati ivi inclusi, per quanto occorrer possa, le deliberazioni consiliari e/o giuntali e/o dirigenziali e comunque tutti gli atti allo stato di estremi ignoti in ragione dei quali si è proceduto all’indizione della richiamata procedura, alla individuazione del metodo dell’offerta economicamente più vantaggiosa quale criterio di selezione, al suo svolgimento ed all’aggiudicazione della stessa ivi inclusi, ove nel frattempo adottati, l’atto di aggiudicazione definitiva e la determina a contrarre con l’aggiudicatario.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Isola di Capo Rizzuto Sindaco;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 ottobre 2010 il dott. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.— La ricorrente premette che il Comune di Isola Capo Rizzuto ha svolto una procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando, avente ad oggetto il «servizio di ammodernamento del sistema informatico comunale e sistema ecografico—servizi di e-government-portale di @-democracy».

All'esito della predetta procedura, alla quale erano state invitate cinque imprese, tra cui la ricorrente, è stata individuata quale vincitrice della procedura selettiva l'offerta presentata dalla società controinteressata.

Secondo il ricorrente gli atti impugnati sarebbero illegittimi per i seguenti motivi.

A) Violazione dell'art. 84 del d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 100 dello statuto comunale. In particolare, si deduce che il responsabile del III settore del Comune ha esercitato la funzione che lo legittimava a

“governare” l’intera procedura di evidenza pubblica sulla base di apposito decreto sindacale n. 1 del 19 maggio 2008, prorogato, quanto agli effetti, fino al 31 dicembre 2008 con deliberazione della Giunta n. 94 del 22 ottobre 2008. Ne conseguirebbe che tale soggetto «a far data dal 1° gennaio 2009 non rivestiva più la suddetta funzione essendone decaduto e non risultando essere stati adottati atti di proroga dell’incarico». In questa prospettiva sarebbero illegittimi tutti gli atti adottati dopo il 31 dicembre 2008.

Sotto un ulteriore connesso profilo sarebbe invalida anche la nomina degli altri componenti della commissione effettuata dal predetto funzionario, in quanto l’art. 100 dello statuto gli attribuisce soltanto la funzione di “proporre” alla Giunta la designazione degli altri membri. Inoltre, sempre il funzionario in esame, in qualità di presidente della commissione, non ha svolto alcuna verifica circa l’esistenza di profili di incompatibilità e/o ineleggibilità dei componenti della commissione. Infine, si deduce che di tali modalità di costituzione la commissione non avrebbe fornito alcuna motivazione, con conseguente violazione dell’art. 3 della legge n. 241 del 1990.

B) Violazione dell’art. 84 del d.lgs. n. 163 del 2006, per essere la commissione composta da soggetti – un geometra e un ragioniere – che non sarebbero in possesso delle necessarie competenze tecniche per potere valutare quale sia l’offerta più vantaggiosa alla luce della natura dell’appalto.

C) Violazione dell'art. 57 del d.lgs. n. 163 del 2006, non sussistendo nessuna delle cause che giustificano il ricorso alla procedura negoziata.

D) Violazione dell'art. 124, comma 5, lettera d), ed eccesso di potere, in quanto tale norma prevede che il termine per la ricezione delle offerte non può essere inferiore a dieci giorni. Nella procedura in esame, invece, la stazione appaltante ha inviato le lettere di invito in data 20 gennaio 2009 e il termine per la ricezione era fissato al 20 gennaio.

E) Violazione dell'art. 84 del d.lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 e illegittimità per eccesso di potere, in quanto la commissione di valutazione avrebbe avuto: 1) precisa nozione della provenienza delle buste contenenti le offerte ben prima di conoscerne il contenuto; 2) aperto le buste contenenti l'offerta economica prima di determinare il valore dell'offerta tecnica; 3) completamente disapplicato i criteri dettati nella lettera d'invito, in quanto l'aggiudicazione è avvenuta secondo modalità non predeterminate e non riconducibili al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e disapplicando i criteri, seppur vaghi, indicati in sede di lettera d'invio; 4) attribuito, senza motivazione, un punteggio solo numerico alle offerte.

Alla luce delle motivazioni sin qui esposte, il ricorrente ha chiesto l'annullamento degli atti impugnati. Soltanto qualora non fosse possibile ottenere la tutela in forma specifica, il ricorrente ha chiesto

la condanna dell'amministrazione comunale al risarcimento dei danni.

2.— Si è costituito in giudizio il Comune, prospettando talune eccezioni preliminari di inammissibilità, che verranno esposte ed esaminate nella parte in diritto, e chiedendo nel merito il rigetto del ricorso.

3.— Il ricorrente ha depositato un atto contenente una memoria di replica alle deduzioni prospettate nell'atto di costituzione del Comune e un ricorso per motivi aggiunti con il quale l'impugnazione è stata estesa alla deliberazione della Giunta comunale n. 78 del 10 settembre 2008, nonché alla determina del responsabile del III settore del Comune di Isola Capo Rizzuto n. 430 del 22 dicembre 2008. In particolare, nella memoria sono state ritenute non meritevoli di condivisione tutte le deduzioni della parte resistente, ad eccezione di quella relativa alla legittimazione del dirigente a presiedere la commissione. Si è, pertanto, rinunciato al relativo motivo di ricorso.

4.— Il Comune ha depositato una memoria, con la quale ha dedotto la inammissibilità, per tardività e per mancanza di interesse in relazione agli atti impugnati con motivi aggiunti e per il resto ribadendo le argomentazioni poste a base della infondatezza delle censure formulate.

5.— Con ordinanza n. 444 del 2009 questo Tribunale ha rigettato la domanda cautelare. Il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 4479 del

2009, ha riformato il provvedimento adottato in primo grado concedendo la misura cautelare richiesta.

DIRITTO

1.— La questione posta all'esame di questo Tribunale attiene alla legittimità della procedura seguita dal Comune di Isola Capo Rizzuto ai fini dell'affidamento del «servizio di ammodernamento del sistema informatico comunale e sistema ecografico—servizi di e-government —portale di @-democracy».

2.— In via preliminare è necessario esaminare le eccezioni prospettate dall'amministrazione.

1.1.— Con la prima eccezione la resistente lamenta la violazione del principio del contraddittorio per la mancata notificazione del ricorso alla commissione.

Sul punto, a prescindere dal fatto che tale profilo rileva soltanto in relazione alle censure riferite all'operato della commissione, deve sottolinearsi come quest'ultima sia un organo a rilevanza interna e in quanto tale non deve essere destinataria della notificazione del ricorso. Le regole del contraddittorio sono rispettate mediante il rituale coinvolgimento dell'ente per cui la commissione pone in essere la sua attività valutativa.

1.2.— Con la seconda eccezione l'amministrazione si duole della mancata impugnazione della nota prot. n. 870 del 20 gennaio 2009, che costituisce la lettera di invito alla gara.

La censura è destituita di fondamento, in quanto risulta dalla lettura

dell'intestazione del ricorso e dall'analisi del suo contenuto che tale atto è stato oggetto di rituale impugnazione.

1.3.— Con la terza eccezione la resistente sottolinea come la ricorrente non abbia interesse all'annullamento degli atti contestati.

La deduzione – peraltro formulata in maniera generica – non merita accoglimento, per la semplice ragione che la controinteressata ha partecipato alla procedura in esame, collocandosi al secondo posto, e con l'impugnazione in esame censura non solo le condizioni “esterne” che legittimano il ricorso alla procedura negoziata ma anche le condizioni “interne” di svolgimento della procedura stessa. In mancanza di uno svolgimento più articolato della censura, supportato da concreti elementi fattuali, non si comprende come possa prospettarsi la mancanza di legittimazione all'impugnazione.

1.4.— Con la quarta eccezione la resistente assume che la parte ricorrente avrebbe fatto acquiescenza alla procedura di gara per avervi partecipato e per avere reso una dichiarazione con la quale ha dichiarato di «accettare senza condizione, né alcuna riserva tutte le prescrizioni contenute nella lettera di invito».

Anche tale ultima eccezione non è fondata.

La giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere che «sussiste acquiescenza ad un provvedimento amministrativo solo nel caso in cui ci si trovi in presenza di atti, comportamenti o dichiarazioni univoci, posti liberamente in essere dal destinatario dell'atto, che dimostrino la chiara ed incondizionata (cioè non rimessa ad eventi

futuri ed incerti) volontà dello stesso di accettarne gli effetti e l'operatività; con la conseguenza di escludere la possibilità di affermare la sussistenza dell'acquiescenza per mera presunzione, non potendosi in tal caso trovare univoco riscontro della volontà dell'interessato di accettare tutte le conseguenze derivanti dall'atto amministrativo» (Cons. Stato, sez. V, 21 settembre 2010, n. 7031).

Applicando questi principi al caso in esame ne discenda l'infondatezza dell'eccezione. Né la conclusione raggiunta può mutare in ragione della dichiarazione, sopra riportata, di accettazione espressa delle condizioni di gara attesa la sua genericità e comunque la inidoneità della stessa ad assumere valore in relazione ad eventi successivi relativi all'effettivo svolgimento della procedura.

2.— Nel merito il ricorso è fondato.

2.1.— Devono essere esaminate, innanzitutto, le censure riferite alle modalità con cui è stato espresso, da parte della commissione, il giudizio in ordine alle offerte presentate.

In particolare, la ricorrente deduce che sarebbero state aperte le buste contenenti l'offerta economica prima di determinare il valore dell'offerta tecnica.

Sul punto la giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere che «anche nelle procedure indette per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la commissione di gara è tenuta a valutare prima i profili tecnici delle offerte e successivamente le

offerte economiche, essendo irrilevante che il bando non richiami una specifica disposizione di legge per stabilire quale delle due deve essere esaminata con priorità sull'altra, atteso che l'esame delle offerte economiche prima di quelle tecniche costituisce una palese violazione dei principi inderogabili di trasparenza e di imparzialità che devono presiedere le gare pubbliche in quanto la conoscenza preventiva dell'offerta economica consente di modulare il giudizio sull'offerta tecnica in modo non conforme alla parità di trattamento dei concorrenti e tale possibilità, ancorché remota ed eventuale, inficia la regolarità della procedura» (Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 2009, n. 3217; in questo senso si è espresso lo stesso Consiglio di Stato in relazione alla vicenda oggetto del presente giudizio con la citata ordinanza cautelare n. 4479 del 2009).

Nel caso in esame costituisce dato non contestato che la stazione appaltante abbia agito in violazione delle regole sopra esposte, con la conseguenza che gli atti impugnati sono da ritenersi, per queste ragioni, illegittimi.

2.2.— La ricorrente lamenta anche che la stazione appaltante avrebbe indicato un punteggio numerico che, in mancanza, come nella specie, di criteri specifici, non può ritenersi sufficiente.

Anche tale doglianza è fondata.

La giurisprudenza amministrativa ha più volte affermato che «nelle gare indette per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione il solo punteggio numerico può essere sufficiente,

in relazione agli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, quando i criteri prefissati siano estremamente dettagliati, di modo che anche il solo punteggio numerico, di cui sono prestabiliti il minimo e il massimo, risulta idoneo a dimostrare la logicità e congruità del giudizio tecnico» (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8833).

Nel caso in esame i criteri cui ancorare il giudizio ai fini dell'individuazione dell'offerta migliore sono stati i seguenti: «1. integrazione piena e completa con lo standard SQL; 2. omologazione ministeriale per i certificati di bilancio; 3. migliore e più intuitiva interfaccia grafica-stile microsoft; 4. migliore integrazione ed interoperabilità dei pacchetti software».

Come risulta da quanto riportato, e come riconosciuto dallo stesso Consiglio di Stato, con la citata ordinanza cautelare n. 4479 del 2009, si tratta di criteri generici inidonei in quanto tali a fare ritenere integrato il requisito della sufficienza della motivazione mediante l'espressione del solo voto numerico.

3.— A questo punto possono essere esaminate le censure relative alla composizione della commissione.

Il ricorrente lamenta che la presenza di un geometra e di un ragioniere non assicuri la presenza di soggetti dotati della necessaria competenza tecnica.

La doglianza è fondata.

L'art. 84 del d.lgs. n. 163 del 2006, nel disciplinare la «commissione

giudicatrice nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa», prevede, al secondo comma, che la «commissione, nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, è composta da un numero dispari di componenti, in numero massimo di cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto».

Nel caso in esame è evidente come non possa ritenersi integrato il necessario requisito della competenza tecnica, richiesto dal citato art. 84, in capo ai soggetti sopra indicati in presenza di un appalto che ha, quale oggetto, il servizio di ammodernamento del sistema informativo comunale (cfr., sia pure con riferimento ad una fattispecie diversa da quella in esame, Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 1997, n. 358).

4.— L'accoglimento del ricorso per i motivi sin qui indicati comporta l'assorbimento degli altri motivi prospettati nel ricorso, atteso che comunque dalla loro trattazione non potrebbe derivare al ricorrente alcuna ulteriore utilità.

5.— In applicazione del principio della soccombenza il Comune di Isola Capo Rizzuto è obbligato a corrispondere al ricorrente le spese del giudizio che si liquidano in complessive euro 2.000, oltre iva e cpa.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe

proposto,

- a) accoglie il ricorso indicato in epigrafe;
- b) condanna il Comune di Isola Capo Rizzuto a corrispondere al ricorrente le spese di giudizio che si liquidano in complessive euro 2.000, oltre iva e cpa.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio dei giorni 8 ottobre e 3 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Fiorentino, Presidente

Daniele Burzichelli, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/02/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)