



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 l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 481 del 2010, proposto da:
P & P Automazioni e Sicurezza - F.lli Pesce S.r.l., in persona del
legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti
Francesco Marasco e Stefano Genovese, con domicilio eletto presso
l'avv. Daniele Spinelli in Perugia, piazza Biordo Michelotti,1;

contro

ATC Parcheggi S.r.l., in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Ranalli, con
domicilio eletto presso l'avv. Lietta Calzoni in Perugia, via Bonazzi, 9;

nei confronti di

Tecnoimpianti Impianti Tecnici Generali S.r.l., in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Flavio
Barigelletti, con domicilio eletto presso l'avv. Roberto Baldoni in
Perugia, via Pievaiola, 21;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto pubblico per l'aggiudicazione della fornitura di un "Sistema di videosorveglianza e supervisione di impianti speciali per i parcheggi "San Francesco" e "Corso del Popolo" in Terni" della ATC Parcheggi S.R.L., di data ed estremi sconosciuti, del verbale dell'8 settembre 2010, con il quale è stato aggiudicato l'appalto alla Tecnoimpianti I.T.G. S.r.l., del verbale del 30 agosto 2010 con il quale è stata disposta l'esclusione della ricorrente, dell'eventuale provvedimento di esclusione, di data ed estremi sconosciuti, mai comunicato, degli eventuali ulteriori verbali e atti della Commissione di gara, di data e estremi sconosciuti, mai comunicati, del provvedimento di nomina della Commissione di gara, di data e estremi sconosciuti, del bando di gara e del disciplinare di gara nella parte in cui richiedono rispettivamente al punto III.2.3 (e al punto 4.1.3 lett. d), il requisito tecnico di "aver realizzato forniture analoghe all'oggetto dell'appalto, per autorimesse con numero di posti auto complessivamente pari o superiore a duemila, sottoposti a sistema di supervisione", nel senso di escludere la deducente, del provvedimento di rigetto dell'istanza in autotutela ex art. 243-bis del D.L.gs n. 163/2006 nonchè di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente;

nonchè per la condanna di A.T.C. Parcheggi previa declaratoria ai sensi degli artt. 121 e 122 del D.L.gs n. 104/2010 di inefficacia ex tunc del contratto nelle more eventualmente sottoscritto, del risarcimento del danno da disporsi in forma specifica mediante la

riammissione della ricorrente alla gara ovvero, in via meramente subordinata, da disporsi per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ATC Parcheggio S.r.l. e di Tecnoimpianti Impianti Tecnici Generali S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2011 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva, in favore della controinteressata Tecnoimpianti I.T.G. S.r.l., dell'appalto di fornitura del "sistema di videosorveglianza e supervisione di impianti speciali per i parcheggi San Francesco e Corso del Popolo" in Terni, adottato dalla ATC Parcheggio S.r.l. e comunicato in data 12 ottobre 2010, nonché il verbale del 30 agosto con cui è stata disposta la sua esclusione, chiedendo altresì il risarcimento del danno in forma specifica, od, in subordine, per equivalente.

Esponde come il provvedimento di esclusione sia stato disposto nei suoi confronti per effetto di un'interpretazione restrittiva di clausole del bando e del disciplinare della procedura aperta (rispettivamente, il

punto III.2.3, ed il punto 4.1.3, lett. d), pure fatte oggetto di gravame, prevedenti, quale requisito di capacità tecnica, l'”avere realizzato forniture analoghe all'oggetto dell'appalto per autorimesse con numero di posti auto complessivamente pari o superiore a 2000, sottoposti a sistema di supervisione”.

Aggiunge che alla gara hanno partecipato due sole concorrenti (l'esponente e la controinteressata), e di avere avuto notizia dell'aggiudicazione e dell'esclusione solamente in data 12 ottobre 2010, a seguito di sua espressa richiesta.

Deduce a sostegno del ricorso i seguenti motivi di diritto :

1) Violazione dell'art. 42 del d.lgs. n. 163 del 2006; violazione degli artt. 73 e 74 del d.lgs. n. 163 del 2006; violazione della *lex specialis* di gara; violazione del punto II.1.6 del bando di gara; eccesso di potere per errata, contraddittoria e/o carente motivazione.

Il punto II.1.6 del bando di gara contraddistingue l'oggetto dell'appalto con il codice CPV n. “35120000”, corrispondente a “sistemi e dispositivi di sorveglianza e di sicurezza”; la Stazione appaltante ha utilizzato solamente il codice principale, non inserendo alcun codice supplementare.

Ne consegue che alla gara potevano partecipare tutti i concorrenti che avevano svolto servizi analoghi a quelli indicati al punto II.1.6.

Senonché il successivo punto III.2.3 del bando, in contraddizione rispetto alla sopra riportata indicazione di CPV, ha richiesto ai concorrenti, quale requisito tecnico, di «avere realizzato forniture analoghe all'oggetto dell'appalto, per autorimesse con numero di posti

auto complessivamente pari o superiori a 2000, sottoposti a sistemi di supervisione». Tale previsione è in contrasto con l'art. II.1.6, ove interpretata nel senso di ritenere valutabili esclusivamente i servizi "identici" a quello oggetto della gara.

La clausola in questione viola altresì l'art. 42 del codice dei contratti pubblici, che non consente di limitare la dimostrazione dei requisiti tecnici all'avvenuta realizzazione di servizi identici.

Prive di pregio risultano anche le motivazioni addotte dalla Stazione appaltante, a sostegno della disposta esclusione, con la nota prot. n. 816 del 29 ottobre 2010; in particolare, non persuade l'argomento secondo cui è possibile prevedere requisiti di partecipazione più rigorosi di quelli prescritti dalla norma, in quanto l'Amministrazione ha ritenuto che il requisito in questione «si riferisce alla somma dei posti auto di più parcheggi»; ciò comporta che il requisito poteva essere soddisfatto anche con la realizzazione di impianti di sorveglianza su più parcheggi con limitata capienza.

Non risulta neppure chiara la possibilità di considerare oltre che le autorimesse anche i parcheggi non coperti; in tale secondo caso la ricorrente possederebbe il requisito richiesto, avendo i diversi servizi svolti avuto ad oggetto edifici con annessi posti auto di capacità ben superiore ai 2000 richiesti dal bando di gara.

2) Violazione dell'art. 84 del d.lgs. n. 163 del 2006; eccesso di potere per errata, contraddittoria, insufficiente e/o carente motivazione.

L'esclusione della ricorrente è stata disposta da una Commissione di gara che ha operato illegittimamente, in violazione dell'art. 84 del

codice dei contratti pubblici.

In particolare, il secondo comma del predetto articolo prevede che la Commissione è composta da un numero dispari di componenti; risulta, al contrario, dal verbale della prima seduta di gara del 30 agosto 2010, che i componenti erano in numero pari; di qui l'illegittimità dell'esclusione.

Risulta altresì violato il quarto comma, in quanto dalla comparazione dei nominativi dei commissari di gara della seduta del 30 agosto 2010 con quelli indicati come referenti della procedura al punto 1.1 del bando di gara emerge che oltre al dr. Sergio Crocelli, Presidente della Commissione, anche il dr. Maurizio Bartoli svolgeva un'altra funzione od incarico tecnico od amministrativo rispetto al contratto del cui affidamento si tratta.

Inoltre, e sotto ulteriore profilo, nella procedura di gara in questione vi sono state due Commissioni giudicatrici. L'assunto dell'Amministrazione è quello per cui la Commissione del 30 agosto 2010 ha assolto ad una funzione meramente preliminare, ma ciò non è vero, come dimostra il fatto che ha adottato atti con valenza decisoria, quale è l'esclusione.

D'altro canto, la Commissione del 30 agosto 2010 è denominata, nel verbale, "Commissione di gara", mentre la Commissione che ha proceduto all'esame e valutazione delle offerte tecniche ed economiche è denominata "Commissione tecnica".

Pertanto le due Commissioni hanno una differente composizione, come ammesso dalla stessa ATC, che ha espressamente riconosciuto

di avere, a termini del proprio regolamento, provveduto alla formazione di un'apposita Commissione tecnica deputata alla valutazione delle offerte.

Inoltre l'apertura della busta contenente l'offerta tecnica da parte di una Commissione diversa da quella che ha operato la valutazione della stessa determina una violazione della regola della segretezza dell'offerta.

Si sono costituite in giudizio la ATC Parcheggi S.r.l. e la controinteressata Tecnoimpianti I.T.G. S.r.l., eccependo, specialmente la prima, l'irricevibilità del ricorso, consegnato per la notifica il 30 ottobre 2010, nell'assunto che il bando di gara, contenendo clausole immediatamente lesive, doveva essere impugnato entro il termine di trenta giorni dalla sua pubblicazione (avvenuta il 17 luglio 2010), la sua inammissibilità per mancata impugnazione dell'art. 6, lett. d), del capitolato speciale, un ulteriore profilo di irricevibilità, concernente l'aggiudicazione, intervenuta in data 29 settembre 2010, e comunque la sua infondatezza nel merito.

All'udienza del 9 febbraio 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - Deve essere preliminarmente esaminata, per motivi di ordine processuale, l'eccezione di irricevibilità del ricorso, svolta dalla resistente nella considerazione della tardiva impugnazione della *lex specialis* di gara, contenente clausole immediatamente lesive, in quanto preclusive della partecipazione alla gara da parte della società ricorrente.

Più nel dettaglio, allega l'A.T.C. Parcheggi S.r.l. che il bando di gara contemplava, al punto III.2.3, un requisito di capacità tecnica («l'aver realizzato forniture analoghe all'appalto, per autorimesse con numero di posti auto complessivamente pari o superiore a 2000, sottoposti a sistema di supervisione») dichiaratamente (nella domanda di partecipazione alla gara, ed anche nell'ulteriore corrispondenza intercorsa con la Stazione appaltante) non posseduto dalla società ricorrente, e di cui è contestata in questa sede la legittimità.

L'eccezione è fondata, e meritevole pertanto di positiva valutazione.

In punto di fatto, giova ribadire che il bando di gara risulta pubblicato in data 17 luglio 2010, mentre il ricorso è stato consegnato per la notificazione in data 30 ottobre 2010.

Ora, è noto come il vigente art. 120, comma 5, del cod. proc. amm. (di cui al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) stabilisca che, nel rito speciale in materia di (procedure di affidamento di) contratti pubblici, il ricorso deve essere proposto nel termine di trenta giorni; in particolare, per quanto concerne i bandi (e gli avvisi) con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, detto termine decorre dalla pubblicazione sulla G.U.R.I.

Analogha disposizione era precedentemente contenuta nell'art. 8, comma 2-quinquies, lett. a), del d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53 (di attuazione della direttiva ricorsi), che ha novellato l'art. 245 del d.lgs. n. 163 del 2006, applicabile, *ratione temporis*, alla fattispecie dedotta in giudizio.

Anche tenendo conto del periodo di sospensione feriale, applicando il

termine (dimidiato) di decadenza di trenta giorni, il ricorso avverso il bando appare chiaramente tardivo.

Resta da chiedersi se la contestata previsione del bando di gara possa ritenersi autonomamente lesiva, con conseguente onere di immediata impugnazione.

A questo riguardo, occorre ricordare come, secondo un costante e condivisibile indirizzo giurisprudenziale, l'onere di immediata impugnazione del bando di gara sussiste con riguardo alle clausole escludenti, che cioè stabiliscono, con prescrizioni inequivoche, requisiti di partecipazione alla procedura di valutazione comparativa concorrenziale non posseduti da parte ricorrente. Più in generale, il bando di gara, normalmente impugnabile con l'atto applicativo, conclusivo della procedura selettiva, deve considerarsi immediatamente impugnabile allorché contenga clausole impeditive all'ammissione dell'interessato alla gara; in tali ipotesi, infatti, le clausole (nel caso di specie, riguardanti requisiti che costituiscono presupposti di fatto indipendenti da ogni valutazione da esprimersi nel corso della procedura), precludendo la partecipazione dell'interessato, appaiono idonee a generare una lesione immediata, diretta ed attuale nella situazione soggettiva dell'interessato ed a suscitare, di conseguenza, un interesse immediato all'impugnazione, atteso che questo sorge al momento della lesione (in termini Cons. Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1; Cons. Stato, Sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7515; Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 2010, n. 3489).

Nella fattispecie in esame, la clausola di cui al punto III.2.3 del bando

di gara, e quelle, analoghe, di cui al punto 4.1.3, lett. d), del disciplinare di gara ed all'art. 6, lett. d), del capitolato speciale (quest'ultima neppure gravata) hanno un contenuto obiettivamente escludente, in quanto, con prescrizione inequivoca, pongono un requisito (afferente alla capacità tecnica) di partecipazione alla procedura selettiva non posseduto dalla P&P Automazioni e Sicurezza -F.lli Pesce S.r.l.

Non può condividersi il contrario assunto di parte ricorrente secondo cui la prescrizione in questione della *lex specialis* aveva un contenuto equivoco (la cui portata si è resa palese solamente con il sopraggiungere dell'esclusione), ravvisabile, per quanto è dato evincere dall'atto di gravame, nell'intrinseca contraddittorietà della clausola con il codice (35120000) di CPV (vocabolario comune per gli appalti) indicato nel punto II.1.6 dello stesso bando, concernente i "sistemi e dispositivi di sorveglianza e di sicurezza".

Ed infatti il requisito di capacità tecnica, non posseduto dalla società ricorrente, era indicato senza lasciare alcun margine di incertezza interpretativa; la denunciata contraddittorietà di tale prescrizione con altra previsione del bando, come pure la dedotta violazione dell'art. 42 del codice dei contratti pubblici (per avere preteso la dimostrazione dello svolgimento di servizi identici a quello oggetto dell'appalto) costituiscono profili di asserita illegittimità del bando, ma non di equivocità dello stesso.

In quanto tali, alla stregua di quanto prima esposto, imponevano una tempestiva impugnazione della *lex specialis*, recante una clausola

escludente ed immediatamente lesiva.

Né può assumere rilievo in questa sede la circostanza, allegata da parte ricorrente con la memoria del 21 gennaio 2011, secondo cui anche la controinteressata-aggiudicataria sarebbe priva del requisito tecnico di cui al punto III.2.3 del bando.

Ed invero, anche a prescindere dalla sua fondatezza, tale allegazione, comportando un'estensione del *thema decidendum* rispetto alle censure contenute nel ricorso introduttivo, andava proposta con i motivi aggiunti, e tale natura non può evidentemente essere attribuita ad una memoria che non è stata notificata (tra le tante, T.A.R. Campania, Sez. IV, 17 novembre 2010, n. 25190).

2. - Il ricorso avverso la *lex specialis* è dunque irricevibile.

Dall'irricevibilità dell'impugnativa del bando contenente una clausola escludente discende l'inammissibilità per carenza di interesse del ricorso avverso l'esclusione, costituendo la stessa, come chiaramente emerge dal verbale del 30 agosto 2010, un atto meramente esecutivo ed applicativo del bando (in termini Cons. Stato, Sez. V, 22 settembre 2009, n. 5653; Sez. IV, 12 dicembre 2006, n. 7295; Sez. VI, 30 dicembre 2005, n. 7620).

Ne deriva, in via ulteriormente consequenziale, anche l'inammissibilità dell'impugnazione dell'aggiudicazione in favore della controinteressata, in quanto la (ormai incontestabile) assenza dei requisiti di ammissione in capo alla ricorrente la priva dell'interesse a censurare la posizione dell'aggiudicataria, non potendo in ogni caso partecipare ad un'eventuale rinnovazione della gara.

E', questo, l'orientamento giurisprudenziale formatosi in tema di impugnazione degli atti di gara, alla quale hanno partecipato solo due concorrenti, nel caso in cui sia il ricorrente principale, sia quello incidentale tendono all'esclusione dell'altro concorrente; in particolare, pur attribuendosi in tale evenienza rilievo all'interesse strumentale (Cons. Stato, Ad. Plen., 10 novembre 2008, n. 11), si è ritenuto che allorché la ricorrente principale tenda all'esclusione dell'altra concorrente per mancanza dei requisiti di ammissione alla procedura, mentre la ricorrente incidentale per vizi relativi all'offerta tecnica, occorre esaminare prioritariamente il ricorso principale, atteso che la sua eventuale fondatezza comporta l'esclusione della controinteressata prima ancora della fase dell'esame delle offerte tecniche (Cons. Stato, Ad. Plen., 15 aprile 2010, n. 2155).

Tale *ratio decidendi* appare estensibile, a maggior ragione, alla fattispecie in esame, in cui mancano impugnative incrociate, una sola impresa è stata ammessa alla gara, ed il bando risulta ormai intangibile, anche nella prospettiva, ovviamente ipotetica, di una riedizione della gara.

L'esposizione che precede in ordine all'inammissibilità dell'impugnazione dell'esclusione e dell'aggiudicazione evidenzia altresì l'infondatezza della domanda risarcitoria. La stessa risulta in ogni caso anche non provata, atteso che le voci di danno enucleate con la memoria del 21 gennaio 2011 sono supportate da documentazione tardivamente prodotta, e di cui è stato chiesto, dalle controparti, lo stralcio.

3. - In conclusione, il ricorso deve essere in parte dichiarato

irricevibile, ed in parte inammissibile.

Sussistono tuttavia giusti motivi, in ragione della peculiarità della vicenda, incentrata sull'interpretazione della *lex specialis*, per compensare tra tutte le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando, dichiara in parte irricevibile, ed in parte inammissibile il ricorso.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Lamberti, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/02/2011

IL SEGRETARIO

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