



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 Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 308 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Telecom Italia S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Giorgia Inara Marin, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Sulmona,11/6;

***contro***

Provincia di Varese, rappresentata e difesa dagli avv. ti Daniele Alberini e Paolo Ambrosoli, con domicilio eletto presso la segreteria del Tribunale in Milano, via Corridoni n. 39;

***nei confronti di***

Antares Elettronica S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. ti Germano Margiotta e Paolo Santoro, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, viale Sabotino, 19/2;

*per l'annullamento*

a) della determinazione n. 4864 del 15/12/2010, con la quale la Provincia di Varese informava di aver disposto l'aggiudicazione della procedura di cottimo fiduciario per la fornitura di radio veicolari e portatili TETRA C.U.P. NJ33B10000170005 alla società Antares elettronica S.r.l.;

b) del verbale di aggiudicazione del 15 dicembre 2010 (e di tutti i verbali di gara nella parte in cui la stazione appaltante ha proceduto alla valutazione positiva dell'offerta di Antares Elettronica S.r.l anzichè escluderla), trasmesso a Telecom Italia S.p.a.;

c) di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, consequenziale o comunque connesso con i precedenti, e, occorrendo, della lettera di invito per la fornitura di apparecchiature radio del 24/09/2010 e dell'allegato Capitolato d'oneri, ove interpretati nel senso fatto proprio della stazione appaltante;

Con ricorso per motivi aggiunti, per l'annullamento:

della determinazione n. 2411 del 29 giugno 2011, nella sola parte in cui la Provincia di Varese ha escluso la ricorrente dalla procedura di gara succitata per presunta inidoneità dell'offerta e dichiarato deserta la gara;

dei verbali della Commissione giudicatrice prot. 0058880 del 21 giugno 2011 e prot. n. 0061269 del 29 giugno 2011, limitatamente alla parte in cui la stessa Commissione proponeva l'annullamento della procedura per inidoneità delle offerte presentate dalle

concorrenti ammesse;

della comunicazione prot. n. 72905 del 4 agosto 2011, con la quale la provincia di Varese, in risposta all'informativa trasmessa dal legale della ricorrente ai sensi dell'art. 243-bis del d.lgs. n. 163/2006, ha denegato l'intervento in autotutela, confermando l'esclusione di Telecom Italia S.p.a. dalla gara;

di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, consequenziale o comunque connesso con i precedenti, e, occorrendo, della lettera di invito per la fornitura di apparecchiature radio del 24 settembre 2010 e dell'allegato Capitolato d'oneri ove interpretati nel senso fatto proprio dalla stazione appaltante;

per la declaratoria del diritto della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione;

per l'accertamento e la declaratoria del diritto della ricorrente ad ottenere il risarcimento per equivalente, nell'ipotesi in cui non fosse possibile il risarcimento in forma specifica.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Varese;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto da Antares Elettronica S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 febbraio 2012 la dott.ssa

Elena Quadri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con il ricorso principale la società ricorrente impugna i provvedimenti indicati in epigrafe, con i quali l'amministrazione intimata ha proceduto all'aggiudicazione della procedura di cottimo fiduciario per la fornitura di radio veicolari e portatili TETRA C.U.P. NJ33B10000170005 alla società Antares elettronica S.r.l. (d'ora in avanti Antares).

A sostegno del proprio ricorso Telecom Italia S.p.a. (d'ora in avanti Telecom) ha dedotto molteplici censure, assumendo, in sostanza, che Antares dovesse essere esclusa dalla procedura concorsuale per l'inidoneità delle apparecchiature veicolari dalla stessa offerte, che presentavano molteplici caratteristiche difformi dalle specifiche tecniche e del capitolato ed, in particolare, non rispettavano i requisiti previsti dalla normativa in materia di omologazione al momento della presentazione dell'offerta. Le radio veicolari non avrebbero, infatti, utilizzato una frequenza armonizzata, né sarebbe stata ancora effettuata, con riferimento alle stesse, la procedura di notificazione al Ministero dello Sviluppo Economico – Dipartimento per le Comunicazioni per l'immissione sul mercato – ai sensi della direttiva 99/5/CE, procedura avvenuta solo successivamente.

Si è costituita in giudizio la provincia di Varese, che ha chiesto la

reiezione del ricorso per infondatezza nel merito.

Con ordinanza n. 319/11 del 9 febbraio 2011 la sezione, ritenendo sussistente il fumus del ricorso in relazione alla censura concernente il difetto dei requisiti di omologazione delle apparecchiature offerte dalla controinteressata ed il periculum in mora in ragione della possibile integrale esecuzione della fornitura all'esito della stipulazione del contratto, accoglieva l'istanza cautelare, fissando la trattazione del merito della causa all'udienza pubblica del 5 luglio 2011.

Si costituiva in giudizio anche Antares, resistendo alle deduzioni avversarie e proponendo, a sua volta, ricorso incidentale, con il quale censurava la difformità delle apparecchiature offerte da Telecom in relazione alle prescrizioni delle specifiche tecniche di gara.

All'udienza pubblica del 5 luglio 2011, su istanza di parte ricorrente, la trattazione della causa veniva rinviata ai fini dell'esame della determinazione adottata dall'amministrazione intimata il 29 giugno 2011, comunicata all'interessata il successivo 4 luglio, con la quale la provincia di Varese, aderendo alla proposta della commissione giudicatrice del 20 giugno 2011, aveva disposto in via di autotutela, previa comunicazione ai referenti delle concorrenti nella seduta pubblica del 27 giugno 2011, l'annullamento dell'aggiudicazione alla controinteressata della procedura concorsuale in ragione della condivisibile motivazione contenuta nell'ordinanza cautelare succitata e aveva contestualmente disposto l'esclusione dalla gara di

tutte le offerte presentate a causa della riscontrata difformità del range di temperatura d'esercizio richiesto in capitolato per le radio portatili (-20 a + 60 °C) che, per le apparecchiature offerte da tutte le concorrenti ammesse in gara (Antares, Telecom e GEG) era, invece, di -20 a + 55 °C, nonché, conclusivamente, dichiarato deserta la gara. Avverso tale determinazione e gli atti alla stessa connessi, la ricorrente principale, dopo aver ricevuto la comunicazione del 4 agosto 2011, con la quale la provincia di Varese, in risposta all'informativa trasmessa dal legale di Telecom ai sensi dell'art. 243-bis del d.lgs. n. 163/2006, aveva denegato l'intervento in autotutela, confermando l'esclusione della stessa dalla gara, proponeva ricorso per motivi aggiunti nella parte relativa alla sua esclusione per presunta inidoneità dell'offerta ed in quella concernente la dichiarazione di gara deserta, chiedendo l'annullamento in parte qua degli atti impugnati e la declaratoria del proprio diritto a conseguire l'aggiudicazione, oltre al risarcimento del danno in forma specifica mediante l'aggiudicazione, od, in subordine, per equivalente pecuniario.

Successivamente Telecom e la provincia di Varese presentavano memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 28 febbraio 2012 il ricorso veniva trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Deve, in via preliminare, darsi atto della improcedibilità per

sopravvenuta carenza di interesse alla decisione del ricorso principale, proposto avverso l'aggiudicazione della gara alla controinteressata.

La stazione appaltante ha, infatti, proceduto all'annullamento in via di autotutela dell'aggiudicazione ad Antares della procedura di cottimo fiduciario, pur escludendo, con la medesima determinazione, tutte le concorrenti, compresa Telecom, dalla gara, dichiarata deserta. Ne consegue l'improcedibilità del ricorso principale proposto da Telecom e non la cessazione della materia del contendere in relazione al medesimo, non risultando integralmente soddisfatta la pretesa dalla stessa avanzata, come risulta evidente dalla proposizione da parte sua del ricorso per motivi aggiunti avverso la medesima determinazione, pur se in parte qua.

Come, infatti, costantemente affermato, la declaratoria di improcedibilità di un ricorso giurisdizionale per sopravvenuta carenza di interesse può derivare o da un mutamento della situazione di fatto o di diritto presente al momento della presentazione del ricorso, che faccia venire meno l'effetto del provvedimento impugnato, ovvero dall'adozione, da parte dell'Amministrazione, di un provvedimento che, idoneo a ridefinire l'assetto degli interessi in gioco, pur senza avere alcun effetto satisfattivo nei confronti del ricorrente, sia tale da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza, in ciò distinguendosi dalla cessazione della materia del contendere, che si verifica allorquando l'Amministrazione, in

pendenza del giudizio, annulli o comunque riformi in maniera soddisfattoria per il ricorrente il provvedimento amministrativo contro cui è stato proposto il ricorso (cfr., fra le tante, Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2010, n. 1280).

Deve, altresì, dichiararsi l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse alla decisione del ricorso incidentale, con il quale la controinteressata aveva a sua volta contestato la mancata esclusione di Telecom dalla procedura concorsuale in questione, essendo ormai da tempo trascorso il termine di decadenza per l'impugnazione della determinazione di annullamento in via di autotutela dell'aggiudicazione in suo favore e della conseguente sua esclusione dalla gara, determinazione rimasta, dunque, dalla stessa inoppugnata.

Resta, dunque, al collegio il solo scrutinio del ricorso per motivi aggiunti, proposto avverso la determinazione del 29 giugno 2011 nella parte in cui, su proposta della commissione giudicatrice e dopo aver deciso di procedere all'annullamento in via di autotutela dell'aggiudicazione della gara ad Antares, la stazione appaltante ha escluso tutte le concorrenti in ragione dell'accertamento del mancato rispetto da parte delle apparecchiature portatili dalle stesse offerte del range di temperatura d'esercizio richiesto in capitolato (-20 a + 60 ° C), atteso che tutte le offerte presentavano in relazione a tale caratteristica un range di temperatura di -20 a + 55 °C.

Telecom deduce l'illegittimità dell'operato della stazione appaltante, invocando, essenzialmente, il vizio dell'eccesso di potere nella sua



figura sintomatica dello sviamento, oltre che per irragionevolezza ed illogicità, difetto di istruttoria e di motivazione, atteso che la commissione di gara, avendo in precedenza giudicato tutte le offerte ammissibili, in presenza di una clausola il cui rispetto non era previsto a pena di esclusione ed avendo riscontrato che tutte le offerte avevano previsto il medesimo range di temperatura di esercizio per le apparecchiature portatili (-20 a + 55 °C, di soli 5 ° C difforme da quello indicato nella scheda tecnica e nel capitolato d'appalto), avrebbe dovuto come minimo richiedere precisazioni e chiarimenti alle partecipanti ai sensi dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, prima di procedere all'esclusione delle stesse e di dichiarare deserta la gara.

Oltretutto, secondo l'assunto della ricorrente, il range di temperatura indicato nelle specifiche tecniche di gara contrasterebbe con le previsioni normative fissate a livello europeo per le apparecchiature della specie di quelle richieste in gara (-20 a + 55 °C) e risulterebbe, in ogni caso, provato in atti che le radio offerte da Telecom (Sepura STP8000) hanno superato con successo il test di resistenza ad un range di temperatura in condizioni estreme da -30 a + 80 °C.

La provincia di Varese ha controdedotto sostenendo, sostanzialmente, di aver errato nel giudicare in un primo tempo ammissibili le apparecchiature offerte dalle partecipanti, nonché assumendo la legittimità dell'espressione del proprio potere di autotutela, motivato dal doveroso rispetto del principio della par

condicio fra i concorrenti in ragione dell'inderogabilità delle caratteristiche degli apparecchi previste nella scheda tecnica, il cui rispetto era specificato nella lettera di invito; adduce, poi, la mancanza di valore precettivo della normativa tecnica europea indicata dalla ricorrente, che non potrebbe assumersi in alcun modo a parametro di legittimità della legge di gara, che richiedeva, invece, requisiti superiori; afferma, inoltre, la presenza sul mercato di dispositivi in standard TETRA con requisiti superiori a quelli indicati nel capitolato d'onori, portando ad esempio l'apparato portatile TETRA prodotto dalla Motorola, nonché l'irrilevanza del test report dell'apparato offerto da Telecom in considerazione delle indicazioni da parte del produttore sul range di temperatura di funzionamento, inferiore a quello previsto dalla legge di gara.

Il collegio, dopo un approfondito esame degli atti di gara e delle deduzioni e rispettive difese formulate dalle parti in causa, ritiene che il ricorso per motivi aggiunti sia meritevole di accoglimento.

In proposito, pur aderendosi al costante orientamento giurisprudenziale in base al quale la censura di eccesso di potere per sviamento della causa tipica deve essere supportata da precisi e concordanti elementi di prova, idonei a dar conto delle divergenze dell'atto dalla sua tipica funzione istituzionale, non essendo a tal fine sufficienti semplici supposizioni o indizi che non si traducano nella dimostrazione dell'illegittima finalità perseguita in concreto dall'organo amministrativo, si osserva che, nella fattispecie in

questione, pur non potendosi configurare l'esatta dimostrazione della preordinazione dell'azione amministrativa censurata al perseguimento di interessi diversi da quelli riservati alla cura istituzionale dell'amministrazione procedente, pare in ogni caso concretizzato il vizio di eccesso di potere nelle sue figure sintomatiche dell'insufficiente motivazione, nel difetto di istruttoria e nell'illogicità manifesta, ricorrendo, altresì, rilevanti indizi dello sviamento della causa tipica.

Dall'esame degli accadimenti come descritti in fatto, nell'operato della stazione appaltante emerge, infatti, una grave contraddizione ed una chiara e macroscopica incongruità di valutazione, sintomo, come tale, di indizi oggettivi, pertinenti e concordanti di disparità di trattamento o di sviamento di potere ovvero, quanto meno, di una carenza di istruttoria.

Dopo aver ritenuto ammissibili le offerte di Antares, Telecom e GEG Telecomunicazioni, perchè rispondenti alle caratteristiche essenziali previste dalle specifiche tecniche di gara, la stazione appaltante ha aggiudicato la gara ad Antares. Al ricorso di Telecom, che censurava tale decisione sulla base dell'assunta inidoneità delle apparecchiature veicolari offerte dall'aggiudicataria, che presentavano molteplici caratteristiche difformi dalle specifiche tecniche e del capitolato e non rispettavano i requisiti previsti dalla normativa in materia di omologazione al momento della presentazione dell'offerta, la provincia di Varese ha controdedotto affermando la piena

rispondenza sostanziale dell'offerta di Antares alle caratteristiche essenziali richieste dalle specifiche tecniche; in particolare, alle difformità rilevate da Telecom in ordine al range di temperatura di esercizio delle radio veicolari offerte da Antares (-20 + 55 °C) rispetto alle previsioni dell'art. 4 del capitolato (-30 +70 °C), l'amministrazione ha affermato che lo scarto si mostrava come assolutamente inidoneo ad incidere sulla funzionalità dello strumento.

In seguito all'accoglimento dell'istanza cautelare proposta da Telecom e condividendone la motivazione, la stazione appaltante, su proposta della commissione di gara, si è determinata nel senso dell'annullamento dell'aggiudicazione alla controinteressata in via di autotutela, questa volta riscontrando, però, nel contempo, la non conformità delle offerte di tutte le partecipanti (compresa la Telecom, seconda classificata ed avente, dunque, diritto all'aggiudicazione) all'art. 4 del capitolato d'oneri e alle prescrizioni della scheda tecnica richiamata dalla lettera d'invito, concernenti il range di temperatura di esercizio delle apparecchiature portatili, previsto dalle specifiche tecniche in -20 + 60 °C e risultante, invece, dalle offerte come -20 +55 °C, nonché dichiarando, conclusivamente, l'esclusione di tutte le offerte (considerando, dunque, questa volta essenziale e rilevante tale caratteristica, seppur non prevista a pena di esclusione) e la gara deserta.

Deve, inoltre, rilevarsi che, successivamente a tale determinazione, la

ricorrente aveva presentato il preavviso di ricorso all'amministrazione ai fini dell'annullamento in via di autotutela, evidenziando l'uniformità del range di temperatura di esercizio delle apparecchiature portatili offerte da tutte le concorrenti, lo scostamento dalle specifiche tecniche di solo 5 gradi, nonché la rispondenza delle stesse alla normativa europea di riferimento relativa alla conformità degli apparati Tetra (ETSI EN 300 394-1 V3.1.1 European Standard - Telecommunications series) che prevede come valori di temperatura richiesti da +15 a +35 °C in condizioni normali e da -20 a +55 °C in condizioni estreme ed evidenziando, altresì, che le apparecchiature veicolari dalla stessa offerte avevano superato il test report on environmental testing resistendo ad una temperatura ricompresa tra -30 e + 80 °C, tutte circostanze confermate dalla documentazione versata in atti, ma che non hanno sortito alcun effetto di ripensamento in capo all'amministrazione.

Deve, quindi, rilevarsi l'illegittimità dell'operato della stazione appaltante quanto meno per difetto di istruttoria, atteso che la stessa, a fronte di tali acclarati elementi, che avrebbero suggerito almeno una richiesta di chiarimenti alle concorrenti ai sensi del primo comma dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006 al fine di favorire, nel pieno rispetto della par condicio, un possibile esito positivo della procedura concorsuale, propendendo in questo senso anche evidenti ragioni di economicità, si è, invece, trincerata nelle proprie determinazioni, rendendo, così, definitiva l'espulsione dalla procedura concorsuale di

tutti i concorrenti e l'ineluttabile dichiarazione di gara deserta.

A riprova di quanto sopra esposto, seppur non in maniera decisiva, milita a favore della mancata qualificazione come caratteristica essenziale della esatta rispondenza del range di temperatura di esercizio individuata dalle specifiche tecniche del capitolato anche la mancata previsione da parte della *lex specialis* di gara del rispetto della clausola stessa a pena di esclusione.

Una volta determinatasi nel senso dell'annullamento dell'aggiudicazione della procedura concorsuale alla prima classificata, la cui offerta avrebbe, invece, dovuto da subito essere esclusa in ragione della mancata omologazione delle apparecchiature al momento della presentazione dell'offerta, come risultava dalla motivazione dell'ordinanza cautelare di questa sezione e come condiviso dalla stessa stazione appaltante, il legittimo e trasparente operato dell'amministrazione avrebbe fatto propendere per l'aggiudicazione della procedura alla seconda classificata, la cui offerta era stata considerata in precedenza pienamente ammissibile, a meno che non sussistessero rilevanti ragioni di interesse pubblico che suggerissero l'annullamento dell'intera procedura di gara, tale non potendosi affatto considerare la rilevata lieve difformità del range di temperatura di esercizio delle radio portatili offerte, come risultante dalle stesse asserzioni della stazione appaltante contenute nella memoria difensiva presentata in occasione della decisione dell'istanza cautelare con riferimento alla piena rispondenza agli

interessi pubblici della provincia di Varese dell'offerta di Antares, pur se la stessa presentava esattamente la medesima difformità del range di temperatura di esercizio, seppur con riferimento alle radio veicolari.

Tanto premesso, pare, in questa prospettiva, potersi configurare nella fattispecie all'esame del collegio anche lo sviamento di potere, costituente figura sintomatica dell'eccesso di potere, che ricorre qualora la pubblica amministrazione eserciti il potere per finalità diverse da quelle conferitele dal legislatore con la norma attributiva dello stesso, avendo, l'amministrazione, con il proprio operato, evitato di pervenire all'aggiudicazione della gara al soggetto che ne aveva, invece, diritto.

Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso principale e quello incidentale vanno dichiarati improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse alla decisione, mentre il ricorso per motivi aggiunti va accolto, unitamente all'istanza di risarcimento del danno in forma specifica, disponendosi, per l'effetto, l'annullamento degli atti con il medesimo impugnati, nella parte oggetto delle deduzioni dell'istante, ed ordinandosi all'amministrazione intimata di procedere all'aggiudicazione della procedura concorsuale di specie nei confronti della ricorrente Telecom Italia S.p.a., classificatasi seconda in graduatoria dopo la società Antares Elettronica S.r.l. ed avente, dunque, diritto all'aggiudicazione.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in

dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, dichiara improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso principale ed il ricorso incidentale, accoglie il ricorso per motivi aggiunti e l'istanza di risarcimento del danno in forma specifica, come in motivazione.

Condanna l'amministrazione intimata e la società controinteressata, in via solidale, alla rifusione delle spese di giudizio nei confronti della ricorrente principale, che si liquidano in complessivi euro 4.000, compresi gli oneri di legge, oltre al rimborso del contributo unificato complessivamente dalla stessa versato.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Mauro Gatti, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**



DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/03/2012

IL SEGRETARIO

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