

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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 23 del 2012, proposto da:
Aipa - Agenzia Italiana per le Pubbliche Amministrazioni S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Napoli e Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, via Dante, 16

contro

Comune di Laveno - Mombello, rappresentato e difeso dagli avv.ti Maura Magni e Matteo Micheletti, con domicilio eletto presso l'avv.Marzia Eoli in Milano, via Conservatorio, 15

nei confronti di

Tre Esse Italia S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Michela Colapinto, Giuseppe La Rosa e Massimo Occhiena, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, via Carlo Poma, 3

per l'annullamento

della determinazione del Responsabile dell'Ufficio Tributi del Comune di Laveno Mombello n. 488 del 5 dicembre 2011, comunicata in pari data, con la quale sono stati approvati i verbali della gara indetta per l'affidamento della concessione del servizio di accertamento e riscossione dell'Imposta Comunale sulla Pubblicità e dei diritti sulle pubbliche affissioni ed è stata disposta, in favore di Tre Esse Italia s.r.l., l'aggiudicazione definitiva della relativa procedura;

di ogni altro atto ad esso presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, con particolare riferimento a tutti i verbali della gara e alla lex specialis della procedura, nella

parte in cui prevede che l'apertura delle buste tecniche avvenga "in seduta non pubblica".

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Laveno - Mombello e di Tre Esse Italia Srl;

Vista l'ordinanza cautelare del Tar Lombardia, Milano, sez. I, 26/1/2012, n. 128;

Visto il dispositivo di sentenza del Tar Lombardia, Milano, sez. I, 4/6/2012, n. 1550;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 maggio 2012 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente, dopo essersi classificata al terzo posto nella graduatoria per l'appalto del servizio di accertamento e riscossione dei tributi, impugna l'aggiudicazione per i seguenti motivi: a) apertura delle offerte tecniche in seduta riservata; b) mancata custodia dei plichi dell'offerta; c) violazione dell'art. 120, comma 2 del D.P.R. 207/2010, in quanto i commissari avrebbero aperto le buste delle offerte economiche senza aver dato previamente atto dei punteggi tecnici assegnati.

La difesa dell'amministrazione eccepisce l'improcedibilità del ricorso per mancata impugnazione del diniego di autotutela ai sensi dell'art. 243 bis del Codice del processo amministrativo ed in subordine prospetta una questione di legittimità costituzionale, ove la norma potesse essere intesa nel senso che non vi sarebbe onere di impugnazione. Chiede inoltre la reiezione del primo motivo di ricorso per la sopravvenienza dell'art. 12 del D.L. 52/2012 e perché l'obbligo di aprire le buste dell'offerta tecnica in seduta

pubblica non sarebbe applicabile alle concessioni di servizi; in subordine chiede, inoltre, che sia sollevata questione di legittimità costituzionale o comunitaria dell'art. 120 del D.P.R. 207/2010; in estremo subordine chiede l'applicazione dell'art. 21 octies L. 241/90.

In merito al secondo motivo chiede l'assunzione di prova testimoniale ed in subordine solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 63 del Codice del processo amministrativo. In ogni caso sostiene l'infondatezza del motivo in considerazione del fatto che la mera omissione della verbalizzazione non sarebbe sufficiente a provare la mancata conservazione corretta dei plichi. Solleva in subordine questione di legittimità costituzionale e comunitaria.

Relativamente al terzo motivo oppone che i punteggi dell'offerta tecnica, benché non letti, sarebbero stati posti a disposizione dei partecipanti alla gara mediante un verbale depositato posto a loro disposizione. Chiede quindi la reiezione della domanda risarcitoria.

La difesa della controinteressata chiede la dichiarazione di inammissibilità del ricorso in quanto la ricorrente non avrebbe un interesse all'aggiudicazione della gara, essendosi collocata al terzo posto nella graduatoria, ed in quanto l'interesse strumentale alla riedizione della gara non sarebbe un interesse legittimo ed in subordine insiste per la sua reiezione.

All'udienza del 30 maggio 2012 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

2. In primo luogo occorre respingere le eccezioni in rito sollevate dalla resistente e dalla controinteressata.

L'eccezione di improcedibilità del ricorso per mancata impugnazione della nota comunale in data 29 dicembre 2012 prot. 19601 è infondata in quanto non integra nel quadro normativo in questione una formale, negativa risposta ad un'istanza di autotutela ma semplicemente di una richiesta di non provvedere all'affidamento del contratto in pendenza di ricorso.

Anche l'eccezione della controinteressata di inammissibilità per inesistenza di un interesse legittimo differenziato e qualificato va respinta.

Deve escludersi, infatti, che la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2011 abbia eliminato l'interesse alla rinnovazione della gara, essendo stato ivi affermato che la legittima esclusione di un concorrente conclude, per lui, definitivamente il procedimento di gara e la sua posizione rispetto all'eventuale contratto da affidare non assume altra configurazione che quella di interesse di fatto, del tutto privo di rilevanza e tutela giuridica, atteso che è la legittima partecipazione alla gara che costituisce il fatto legittimante che radica nel concorrente l'interesse ad impugnarne l'esito.

Per conseguenza, non avendo la controinteressata dato alcuna dimostrazione del fatto che l'interesse della ricorrente alla rinnovazione della gara fosse meramente strumentale, proponendo ricorso incidentale contro la sua ammissione, deve escludersi che la medesima non abbia un interesse meritevole di tutela all'impugnazione degli atti di gara.

In secondo luogo deve anche escludersi che l'interesse alla riedizione della gara, quando non sia meramente strumentale, non trovi tutela nella legge, essendo espressamente riconosciuto dagli artt. 121, comma 2 e 122 del Codice del processo amministrativo.

In particolare la possibilità effettiva per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, anche a volerla intendere in senso restrittivo come riferita ai soli vizi che comporterebbero l'aggiudicazione a favore del ricorrente, è condizione della dichiarazione di inefficacia del contratto e dell'accoglimento della domanda di subentro soltanto nei casi previsti dall'art. 122.

Nei casi gravi di cui all'art. 121, invece, il giudice può disporre l'inefficacia del contratto, quando il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara, anche in caso di mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto.

Anche ove si configuri la violazione della regola del c.d. standstill, deve escludersi che il riferimento contenuto nell'art. 121, comma 1 lettere c) e d) alla possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento debba interpretarsi come riferito al mero interesse

all'aggiudicazione, in quanto la norma fa riferimento in modo generico alla mera "possibilità" di ottenere l'affidamento, con la conseguenza che deve ritenersi riferito anche alla possibilità di ottenere l'affidamento a seguito della ripetizione della gara.

L'interesse alla rinnovazione della gara assume poi rilievo nell'ambito dell'azione di annullamento in virtù dello stretto legame tra tale azione e quella di inefficacia previsto, da ultimo dall'art. 121, comma 1 del Codice.

Ulteriore indice di rilevanza dell'interesse al rinnovo della gara deve desumersi dall'art. 124, che ha espunto dalla previsione del diritto al risarcimento del danno l'inciso previsto dal D.Lgs. 53/2010 secondo il quale tale risarcimento poteva essere disposto solo "a favore del solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione".

Deve quindi respingersi l'eccezione secondo la quale la ricorrente non avrebbe un interesse legittimo ad impugnare gli atti di gara.

3. Venendo al merito, il primo motivo di ricorso è infondato.

L'art.12 del decreto-legge 7 maggio 2012, n. 52 dispone, per gli appalti con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che: "1. Al comma 2 dell'articolo 120 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, e' premesso il seguente periodo: "La commissione apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti.". 2. Al comma 2 dell'articolo 283 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, e' premesso il seguente periodo: "La commissione apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti". 3. I commi 1 e 2 si applicano alle procedure di affidamento per le quali non si sia ancora proceduto all'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche alla data di entrata in vigore del presente decreto.

Il comma 3 della norma ha chiaramente effetto retroattivo e produce l'effetto di escludere che nelle gare in corso o già concluse al momento dell'entrata in vigore della norma possa valere la medesima regola.

4. Il secondo motivo deve essere respinto in quanto, quondanche non si sia adeguatamente verbalizzato il processo di custodia delle buste contenenti le offerte, ciò, tuttavia, è irrilevante in quanto non è stato addotto alcun elemento concreto e specifico atto a far ritenere che possa essersi verificata la sottrazione o la sostituzione dei pieghi, la manomissione delle offerte o un altro fatto rilevante ai fini della regolarità della procedura.

Appare, infatti, condivisibile l'orientamento giurisprudenziale secondo cui "la mancata indicazione delle cautele seguite per la conservazione della documentazione è un rilievo inammissibile in mancanza di precisazione di avvenute alterazioni, dovendo invece aversi riguardo al fatto che, in concreto non si sia verificata l'alterazione della documentazione specie quando l'apertura dei plichi sia avvenuta in seduta pubblica senza osservazioni da parte dei rappresentati delle ditte presenti" (Cons. Stato, Sez. V, 11 agosto 2010, n. 5624; Cons. Stato, Sez. III, 22 novembre 2011, n. 6146 riferita ad un caso di apertura della busta tecnica in seduta riservata).

5. Il terzo motivo di ricorso è inammissibile per carenza di interesse in quanto, benché la norma preveda la lettura dei punteggi attribuiti alle singole offerte tecniche, la Commissione ha posto a disposizione delle parti nella seduta pubblica il verbale contenente i punteggi assegnati alle offerte tecniche, con la conseguenza che nessun danno è derivato alla ricorrente dalle modalità con le quali la Commissione ha reso noti alle parti i punteggi assegnati.

In definitiva quindi il ricorso va respinto.

Sussistono comunque giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio tra le parti, in considerazione della modifica normativa sopravvenuta che ha inciso sull'esito del ricorso.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge ai sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 30 maggio 2012.