

N. 00150/2011 REG.PROV.COLL.  
N. 00229/2010 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 Regionale di Giustizia Amministrativa**

**sezione autonoma di Bolzano**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 229 del 2010, proposto da:  
Aldebra Spa (c.f. 01170810228) in persona del legale rappresentante  
pro tempore Ing. Tamanini Giordano, con sede in Trento, via Volta  
22, assistita e rappresentata dall'Avv. Francesco Morandi (c.f. MRN  
FNC 62L18 A952Y) del Foro di Bolzano, e presso il suo studio  
domiciliata in Bolzano - C.so Libertà n. 50/11, con il seguente n. di  
fax: 0471/406311, e la seguente posta elettronica certificata:  
avv.morandi@pec.it;

***contro***

Scuola Provinciale Superiore di Sanità "Claudiana" (CF  
94086360214) in persona del suo Presidente pro tempore dott.ssa  
Herta Burger, rappresentata e difesa nel presente procedimento dagli  
avv.ti Maria Larcher (LRC MRA 49P48 F856E), Alexandra Roilo

(RLO LND 68S41 B160H99), Stephan Beikircher (BKR SPH 65E10 B160H) e Laura Fadanelli (FDN LRA 65H69 A952U), del Foro di Bolzano con domicilio eletto presso l'Avvocatura della Provincia in Bolzano, via Crispi, 3, con indirizzo di posta elettronica [avvocatura@provincia.bz.it](mailto:avvocatura@provincia.bz.it) ed indirizzo di posta elettronica certificata [anwaltschaft.avvocatura@pec.prov.bz.it](mailto:anwaltschaft.avvocatura@pec.prov.bz.it) e n. fax 0471/412099;

***nei confronti di***

ACS Data Systems Spa (c.f. 00701430217) in persona del legale rappresentate pro tempore, con sede in 39042 Bressanone (BZ), via Brennero 72, non costituita;

***per l'annullamento***

della lettera dd 13.09.2010 e successiva modifica dd 28.09.2010, d'invito alla gara informale con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa per la fornitura di attrezzature informatiche, del provvedimento dd. 20.10.2010, inviato alla ricorrente per fax in data 20.10.2010, con il quale il Direttore della Scuola Provinciale Superiore di Sanità Claudiana comunicava il conferimento della fornitura di attrezzature informatiche alla ditta ACS Data System Spa di Bressanone, e di ogni atto comunque connesso, precedente, presupposto o successivo ancorchè non espressamente indicato o conosciuto, sebbene richiesto, e segnatamente del provvedimento dd 4.10.2010 di nomina della commissione per l'apertura delle buste, del provvedimento dd

7.10.2010 di nomina della commissione tecnica, del verbale dd 8.10.2010 di apertura delle buste, dei verbali della commissione tecnica dd 18.10.2010 e 19.10.2010;  
con istanza di sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati previa emissione di provvedimenti presidenziali;  
con richiesta di aggiudicazione della gara alla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Scuola Provinciale Superiore di Sanità "Claudiana";

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 marzo 2011 il dott. Luigi Mosna e uditi per le parti i difensori:

avv. M. Bonomini, in sostituzione dell'avv. F. Morandi per la ricorrente;

avv. S. Beikircher per la provincia autonoma di Bolzano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

L'impugnativa avverso i provvedimenti contestati – meglio precisati in epigrafe – è affidata alle seguenti censure:

I “Violazione degli artt. 2, 56 e 57 del d.lgs. 12.4.2006 n. 163 e dei principi di pubblicità degli affidamenti, correttezza, non discriminazione tra imprese, par condicio e trasparenza, essendo

stata scelta la procedura negoziata in assenza dei presupposti di legge nonchè omessa qualsiasi motivazione in ordine alla scelta della procedura negoziata”;

II “Violazione degli artt. 2, 83 d.lgs. 12.4.2006 n. 163, e dei principi di pubblicità degli affidamenti, correttezza, non discriminazione tra imprese, par condicio e trasparenza per aver la lettera d’invito individuato in maniera solo estremamente generica i criteri di determinazione del punteggio da assegnare e per aver quindi la commissione tecnica determinato sub – criteri e sub – pesi per l’assegnazione dei punti della qualità, per averli individuati in manifesta contraddizione con la lettera d’invito e per averlo fatto successivamente all’apertura delle buste”;

III “Arbitrarietà ed illogicità manifeste, per contraddittorietà con la lettera d’invito/bando per manifesta disparità di trattamento e travisamento dei fatti in relazione ai sub - criteri individuati dalla commissione tecnica nel verbale dd 18.10.2010 per aver assegnato il punteggio relativo alla qualità con sub – criteri che hanno di fatto stravolto la natura della gara”;

IV “Violazione dell’art. 3 l. 7.8.1990 n. 241 - art. 7 l.p. 22.10.1993 n. 17 nonché irragionevolezza, incoerenza tecnica ed illogicità manifeste, arbitrarietà, indebita e palese disparità di trattamento per mancata e/o insufficiente motivazione in ordine all’assegnazione del punteggio in quanto, ove la determinazione di sub-criteri fosse ritenuto legittima non si capirebbe per quale motivo non siano stati

determinati sub criteri e sub pesi anche per gli altri elementi sui quali di basava l'assegnazione del punteggio, ovvero funzionalità e documentazione, altrettanto generici”;

V “Violazione dei principi di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa e di pubblicità negli appalti, in subordine eccesso di potere per violazione dei principi di correttezza, trasparenza e par condicio per avere la commissione tecnica proceduto all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche nella seduta, riservata, del 19.10.2010, in aperta contraddizione con il principio di pubblicità delle sedute di gara in procedimenti di evidenza pubblica”;

VI “Violazione dell'art. 84 d. lgs. 12.4.2006 n. 163 ed eccesso di potere in relazione alla nomina dei membri della commissione tecnica e dei principi di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa posto che solo un membro della Commissione era esperto in informatica ed in quanto detto esperto aveva comunque partecipato alla procedura di gara in altra veste”.

La ricorrente chiedeva l'aggiudicazione della fornitura, sulla base della riparametrazione matematica dei punteggi assegnati o, in alternativa, il risarcimento dei danni subiti, quantificati “allo stato in € 10.000,00, anche in via di valutazione equitativa, ovvero altro importo, maggiore o minore, accertando di giustizia”. Viene, inoltre, domandata la condanna della “Claudiana” alla sanzione pecuniaria di cui all'art. 123 c. 1 lett. a) del d. lgs. 2.7.2010 n. 104 in misura pari al 5 % del prezzo di aggiudicazione.

Con decreto di data 8.11.2010 la Presidente di questo Tribunale respingeva l'istanza di provvedimento cautelare monocratico ex art. 56 del cod.proc.amm..

Con memoria del 19.11.2010 si costituiva l'Amministrazione intimata, resistendo alle pretese della ricorrente.

All'udienza in Camera di Consiglio del 23.11.2010, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare proposta dalla ricorrente, l'Amministrazione si impegnava a non stipulare il contratto fino alla decisione sul merito della presente vertenza. Conseguentemente, la trattazione dell'istanza cautelare veniva rinviata al merito.

Alla pubblica udienza del 9.3.2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Con ordinanza n. 38/2011, depositata in data 9.3.2011, il Tribunale ha accolto l'istanza cautelare della ricorrente, in considerazione della sussistenza di fumus convincente e del periculum.

In data 14.3.2011 il dispositivo della sentenza è stato depositato presso la segreteria di questo Tribunale.

## DIRITTO

Occorre, innanzitutto, premettere quanto segue.

Con deliberazione della Giunta provinciale del 14.6.2010, n. 1035 e con successiva deliberazione del 13.6.2010, la Scuola provinciale superiore di Sanità "Claudiana" (in seguito: "Claudiana") indiceva una gara informale ad invito (trattativa privata) per la fornitura di attrezzature informatiche ai sensi dell'art. 6 della LP. 22.10.1993, n.

17.

Alla gara venivano invitate a presentare la propria offerta cinque imprese, e cioè la Dedagroup Spa, la ACS Data Systems Spa, la Aldebra Spa (attuale ricorrente), la Sidera Computer Technologies Spa e la I.Co.Ge. Informatica Srl.

Nella lettera di invito veniva precisato che l'importo a base d'asta veniva stabilito in 99.000,00 € e che la gara era disciplinata secondo il metodo della scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa per la stazione appaltante.

Alla lettera d'invito era allegata la lista della documentazione che i concorrenti avrebbero dovuto presentare, il capitolato d'oneri per la fornitura - parte generale - il capitolato d'oneri speciale, l'elenco prestazioni - testo esteso - ed il DUVRI (documento unico di valutazione dei rischi interferenti).

Successivamente, in data 28.9.2010, il capitolato d'oneri speciale subiva una modifica che veniva comunicata a tutte e cinque le imprese e, contestualmente, veniva spostato il termine per la presentazione dell'offerta dal 28.9.2010 al 7.10.2010.

Solo due imprese presentavano un'offerta entro i termini previsti: la ricorrente Aldebra Spa e la ACS Data Systems Spa.

In data 4.10.2010 la Presidente della "Claudiana" provvedeva a nominare la commissione di gara e, successivamente, in data 7.10.2010, anche la commissione tecnica, quest'ultima nelle persone del dott. Guido Bocchio, sig. Luca Dorigatti e sig. Roland Torneri.

Seguiva l'esclusione della ditta ricorrente dalla gara (perché mancava nella documentazione amministrativa e tecnica la dichiarazione del legale rappresentante prevista dalla lettera d'invito) e la sua successiva riammissione, decisa dalla Commissione di gara nella riunione del 16.10.2010, previa integrazione della documentazione mancante, con contestuale rinvio della riunione della commissione tecnica ad avvenuta integrazione.

In data 18.10.2010 si riuniva la commissione tecnica che, dopo aver proceduto alla definizione dei criteri di aggiudicazione previsti nella lettera d'invito – determinando, anche, dei sub-criteri di valutazione tecnica - iniziava l'esame delle singole offerte pervenute, concludendo detto esame il giorno successivo.

Al termine della valutazione tecnica la relativa graduatoria prevedeva i seguenti punteggi:

- 1) Aldebra Spa punti 65
- 2) ACS Data Systems Spa punti 62,75

La commissione di gara procedeva, quindi, all'apertura delle offerte economiche e, tenuto conto dei prezzi offerti dalle due concorrenti, redigeva la graduatoria finale, da cui risultava che la ditta ACS Data Systems Spa aveva ottenuto complessivi 92,75 punti su 100, mentre la ditta Aldebra Spa complessivi 88,64 punti su 100.

Pertanto la commissione di gara procedeva all'aggiudicazione della fornitura alla ditta ACS Data Systems Spa per il prezzo complessivo di 77.880,00 € oltre IVA.

La ricorrente, innanzitutto, aggredisce la lettera di invito, ritenendo che, nel caso, l'Amministrazione non avrebbe potuto scegliere la procedura negoziata in assenza dei presupposti di legge e che, inoltre, manca qualsiasi motivazione in ordine alla scelta di detta procedura.

Al riguardo, si evidenzia che la normativa applicabile è quella prevista dall'art. 6, comma 16, della L.P. 17/93 che, testualmente, afferma: "Per l'affidamento di contratti aventi ad oggetto forniture o servizi di importo stimato compreso tra euro 20.000,00 e euro 100.000,00, al netto di I.V.A., ovvero concernenti prestazioni di natura intellettuale, regolamentata e non, di importo stimato compreso tra euro 100.000,00 e la soglia di applicazione delle direttive comunitarie 93/36/CE e 92/50/CE, e successive modifiche, si procede mediante gara informale ai sensi del comma 8".

Il richiamato comma 8, a sua volta, prevede, testualmente, che: "Alla stipulazione di contratti a procedura negoziata si procede nei casi e con le modalità previsti dalla normativa di recepimento delle direttive comunitarie sull'affidamento di appalti pubblici di servizi e forniture, da altre leggi speciali e dai commi 15, 16, 17 e 20, mediante gara informale, diretta dall'autorità di cui al comma 6, alla quale, qualora le leggi speciali non prevedano un numero maggiore, debbono essere invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati ai sensi della normativa vigente".

Quindi, il comma 8, sopra riportato, rende espressamente applicabile alla gara informale - prevista dal comma 16 per gli affidamenti sotto

€ 100.000 - “le modalità” previste, non solo dalla normativa di recepimento delle direttive comunitarie ma anche, genericamente, da quelle di altre “leggi speciali“, quali il d. lgs. n. 163/2006.

Orbene, gli artt. 30 e 31 della direttiva comunitaria n. 18/2004 consentono che la procedura negoziata de qua possa essere espletata senza la pubblicazione del bando, solamente in determinati casi, ivi precisati.

Con riferimento alla normativa nazionale, ai sensi dell’art. 54 del d. lgs. 163/2006, “le stazioni appaltanti utilizzano le procedure aperte, ristrette, negoziate, ovvero il dialogo competitivo”.

Sempre l’art. 54 prevede, come regola generale, l’aggiudicazione mediante le procedure aperte o ristrette, mentre solo “nei casi e alle condizioni specifiche espressamente previste, le stazioni appaltanti possono aggiudicare i contratti pubblici mediante una procedura negoziata, con o senza pubblicazione del bando di gara”.

Un costante indirizzo giurisprudenziale sancisce che le ipotesi nelle quali è consentito ricorrere alla procedura negoziata, ed ancor di più alla procedura senza pubblicazione del bando di gara, devono considerarsi tassative, in quanto costituenti una deroga al normale principio della libera concorrenza ed agevolazione della più ampia partecipazione possibile alla gara.

Ne deriva l’obbligo di applicare restrittivamente tale deroga ai principi generali e di motivare espressamente in merito alla necessità di adottare la procedura in questione.

Più precisamente, con riferimento all'obbligo della stazione appaltante di indicare le ragioni che giustificano il ricorso a questo tipo di procedura negoziale, il T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III, con sentenza del 16.1.2010, n. 286, evidenzia che: “La giurisprudenza, anche comunitaria, ha da tempo chiarito che si tratta di una procedura che deroga al normale principio di concorrenzialità che domina la materia degli appalti pubblici, e che pertanto i casi in cui essa è legislativamente consentita sono tassativi e da interpretarsi restrittivamente, con onere dell'Amministrazione di motivare espressamente la sussistenza dei presupposti giustificativi (vedi Corte di Giustizia CE, 8.4.2008, n. 337; I, 2.6.2005, n. 394; II, 13.1.2005, n. 84; I, 14.10.2004, n. 340; II, 14.9.2004, n.385; V, 10.4.2003, n. 20)”; conforme, anche, la decisione della stessa Sezione di data 11.11.2009, n. 11069.

Da quanto sopra, ne deriva l'illegittimità della lettera d'invio e della procedura conseguente, con l'effetto che va dichiarata l'illegittimità dell'intera gara.

Non può essere accolta, invece, la domanda della ricorrente, intesa alla condanna dell'Amministrazione alla sanzione pecuniaria di cui all'art. 123 c. 1 lett. a) del cod. proc. amm., in misura pari al 5 % del prezzo di aggiudicazione, in quanto detta sanzione è applicabile solo nei casi previsti dal precedente art. 121, comma 4, che presuppongono la stipulazione del contratto, nel caso, mai avvenuta. Non v'è luogo a pronuncia, poi, sulla richiesta di declaratoria di

inefficacia del contratto di affidamento della fornitura de qua, per non essere stato lo stesso stipulato.

Per quanto attiene alla domanda di risarcimento del danno, va richiamato quell'orientamento giurisprudenziale (v. Cons. Stato, Sez. V, 12 ottobre 2004 n. 6579) secondo cui l'annullamento dell'atto e il conseguente rinnovo conforme a legge è di per sé una forma di risarcimento in forma specifica, che esclude o riduce altre forme di risarcimento, onde – in caso di annullamento di un'illegittima aggiudicazione – la ripetizione della gara, con la possibilità effettiva di partecipazione dell'impresa ricorrente, costituisce una vera e propria reintegrazione nella chance di successo, sì da doversi affermare che non spetta il risarcimento del danno per equivalente, laddove l'accoglimento del ricorso avverso l'aggiudicazione dell'appalto ad altra impresa, inidoneo a ricomprendere la conseguenza necessitata dell'assegnazione del contratto, intervenga in tempo utile a restituire in forma specifica all'impresa interessata la chance di partecipare alla gara da rinnovarsi, consentendo quindi il soddisfacimento diretto e pieno dell'interesse fatto valere.

Conseguentemente, il danno da risarcire per equivalente si riduce allora al danno emergente, nella fattispecie riconducibile alle spese per la partecipazione alla gara, che era però onere della ricorrente dimostrare, e che invece la stessa ha ommesso di allegare e provare, sicché nulla le può essere a tale titolo riconosciuto (v., anche, ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 16.2.2009, n. 842).

In base alle esposte considerazioni, e con assorbimento dei motivi di censura non esaminati, il ricorso va accolto nei limiti suindicati, con annullamento, per l'effetto, degli atti censurati, ai fini dell'integrale rinnovazione della gara; mentre il gravame va respinto, per il resto, ivi compresa la domanda risarcitoria.

Le spese di lite seguono la soccombenza dell'Amministrazione resistente e vengono liquidate come da dispositivo; mentre il Collegio ritiene che sussistano giusti motivi per disporre la compensazione nei confronti della controinteressata, non costituita in giudizio.

Il contributo unificato viene posto a carico dell'Amministrazione intimata, soccombente in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa, sezione autonoma di Bolzano, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie parzialmente in parte qua e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati e, conseguentemente, l'intera procedura di gara.

Respinge per il resto, ivi compresa la domanda risarcitoria.

Condanna l'Amministrazione intimata al pagamento delle spese di lite in favore della società ricorrente, che liquida in complessivi Euro 4000,00 (quattromila/00), oltre IVA e CNPA, come per legge.

Pone a carico dell'Amministrazione intimata il contributo unificato.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità

amministrativa.

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

Margit Falk Ebner, Presidente

Hugo Demattio, Consigliere

Luigi Mosna, Consigliere, Estensore

Terenzio Del Gaudio, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/04/2011

IL SEGRETARIO

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