



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8108 del 2006, proposto dalla società Torre Argentina Societa' di Servizi Spa, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Di Gioia, Michele Lioi e Marco Orlando, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, piazza della Liberta', 20;

contro

Autorita' per le Garanzie nelle Comunicazioni, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato e presso gli uffici della medesima domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Isimm Ricerche S.r.l., Osservatorio di Pavia;

***per la riforma della sentenza del t.a.r. lazio – roma, sezione ii,
n. 02562/2006, resa tra le parti, concernente affidamento del***

***servizio di monitoraggio delle trasmissioni televisive delle
emittenti nazionali***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2011 il Cons. Gabriella De Michele e uditi per le parti l'avv. Lioi e l'avvocato dello Stato Paola Palmieri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, sez. II, n. 2562/06 del 10.4.2006 – non notificata e riferita a due ricorsi riuniti, proposti dalla società Torre Argentina s.p.a. – veniva respinta l'impugnativa (n. 4489/05) proposta avverso il bando di gara per il servizio di monitoraggio delle trasmissioni televisive delle emittenti nazionali ed era dichiarato inammissibile il ricorso (n. 11406/05), riferito ai successivi atti di procedura per l'appalto del servizio in questione e la relativa aggiudicazione alla società Isimm Ricerche s.r.l..

L'originaria ricorrente (ed attuale appellante) contestava in primo luogo l'importo-base della gara, riferibile all'esperienza maturata quale precedente gestore del medesimo servizio, disciplinato dalla legge n. 249/1997 in rapporto al compito assegnato all'Autorità per

le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) di vigilanza sulle trasmissioni televisive, per controllare le modalità di propaganda, pubblicità e informazione politica.

Detto importo sarebbe stato infatti palesemente incongruo – tenuto conto delle tariffe minime degli operatori – per monitorare nelle 24 ore giornaliere 16 reti televisive; con riferimento alla successiva procedura di gara (a cui la ricorrente aveva partecipato, ma restando esclusa per il livello troppo elevato dell'offerta economica presentata); veniva inoltre contestata l'ammissione della società, risultata poi aggiudicataria, in quanto partecipata al 90% da un Istituto, a sua volta interessato dalla partecipazione societaria da parte di RAI, MEDIASET e LA SETTE, ovvero dai maggiori soggetti imprenditoriali, esercenti le reti televisive da controllare, con ulteriori violazioni delle prescrizioni del bando.

Nella citata sentenza di primo grado venivano respinte, in primo luogo, le censure riferite all'incongruità del prezzo posto a base della gara, in quanto sarebbero risultate ragionevoli le argomentazioni delle parti resistenti, secondo le quali i costi delle prestazioni richieste avrebbero potuto essere sensibilmente ridotti, sia con l'esclusione di fasce del palinsesto non critiche rispetto alle finalità di controllo perseguite, sia facendo ricorso a sistemi di videoregistrazione automatica, in grado di ridurre in modo incisivo le ore lavorative; veniva inoltre rilevata l'assenza, quanto meno, di un principio di prova, circa la manifesta irragionevolezza o la violazione della

normativa a tutela dei lavoratori, tenuto conto, peraltro, della sostanziale uguaglianza dei prezzi contestati rispetto a quelli del periodo antecedente, maggiorati dell'inflazione: la stessa ricorrente, infatti, aveva svolto il servizio in esito ad una gara, il cui prezzo base era stato pari ad €. 1.202.311, 606, per contestare poi un prezzo-base di €. 1.262.425,00 (la cui palese incongruità avrebbe dovuto comportare, peraltro, che la gara andasse deserta: circostanza, viceversa, non verificatasi).

Quanto alle contestazioni, che con separato ricorso erano state indirizzate avverso i successivi atti di procedura, fino all'aggiudicazione disposta a favore della società Isimm Ricerche s.r.l., nella medesima sentenza se ne ravvisava l'inammissibilità, in considerazione dell'intervenuta esclusione della società Torre Argentina s.p.a. dalla gara e della non ravvisabilità, nel caso di specie, di un interesse anche solo residuale alla relativa reiterazione, che avrebbe ragionevolmente implicato la riproposizione del medesimo prezzo-base, ritenuto inaccettabile dalla ricorrente.

Avverso la predetta sentenza è stato proposto l'atto di appello in esame (n. 8108/06, notificato il 22.9.2006), sulla base dei seguenti motivi di gravame:

- 1) violazione ed omessa applicazione delle norme contenute nella legge 7.11.2000, n. 327 e nell'allegato tecnico al capitolato speciale d'onori; insufficienza ed erroneità della motivazione, in quanto le argomentazioni, ritenute fondate in primo grado di giudizio,

sarebbero risultate incompatibili con il citato allegato tecnico, quale presupposto per la determinazione delle ore di lavoro necessarie per l'esecuzione del servizio, ai cui costi sarebbe stato impossibile fare fronte senza maggiorazione del prezzo posto a base della gara, (richiedendo quest'ultima, oltre tutto prestazioni molto superiori, rispetto a quelle oggetto della precedente gestione del servizio stesso);

2) erroneità della motivazione contenuta nella sentenza appellata, in ordine alla ritenuta insussistenza di interesse alla proposizione del secondo ricorso: interesse, viceversa, riconducibile alla possibilità di effettuare le prestazioni contrattualmente previste anche in perdita, per eliminare la concorrenza, ovvero in una prospettiva di revisione dei costi, a seguito di nuova contrattazione;

3) fondatezza delle censure non esaminate dal TAR, formalmente riproposte nei termini di seguito sintetizzati: illegittimità derivata della delibera di approvazione degli atti della Commissione giudicatrice; violazione del combinato disposto dell'art. 37 della Direttiva 92/50/CEE e dell'art. 1 della legge n. 327/2000 (principi sull'anomalia delle offerte, in relazione al costo del lavoro); violazione del bando di gara e della lettera di invito, disparità di trattamento ed illogicità manifesta (per omessa presentazione di due dichiarazioni bancarie da parte della società controinteressata); violazione delle leggi nn. 249/1997, 28/2000, 122/1998 e 223/1990, nonché dell'art. 97 della Costituzione (in considerazione

dell'aggiudicazione ad una società, partecipata dai soggetti che la stessa avrebbe dovuto controllare); violazione del regolamento AGCOM sulla gestione amministrativa e la contabilità (per la medesima circostanza sopra indicata, contrastante con i principi di legalità, pubblicità e trasparenza degli atti e delle procedure); violazione del capitolato speciale d'oneri, nella parte in cui prevedeva dichiarazione ai fini della compatibilità della compagine sociale dell'aggiudicatario; eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria e di motivazione; perplessità.

Con successive memorie, le tesi difensive in precedenza sintetizzate e le controdeduzioni della controparte venivano ribadite ed ulteriormente approfondite, a fini – rispettivamente – di riforma o di conferma della sentenza appellata, nella prima ipotesi con istanza di risarcimento del danno.

DIRITTO

1. La questione sottoposta all'esame del Collegio concerne il monitoraggio delle trasmissioni radiotelevisive, affidato all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Agcom) dall'art. 1, comma 6, lettera b), n. 13 della legge 31.7.1997, n. 249; tale monitoraggio – il cui esito deve essere riferito al Parlamento con una relazione annuale, ex art. 1, comma 6, lettera c), punto 12 della medesima legge – ha carattere strumentale rispetto a diverse funzioni della medesima Autorità, dovendo assicurare l'applicazione delle disposizioni vigenti in materia di propaganda, pubblicità, informazione politica, parità di

accesso alle informazioni, tutela dei minori.

In particolare, l'attività in questione risulta suddivisa in quattro macro-aree: pluralismo, garanzie all'utenza, obblighi di programmazione dei concessionari e pubblicità, le prime tre affidate ad un soggetto (identificato nell'attuale appellante nel periodo 2000/2005), l'ultima separatamente assegnata (per il periodo di riferimento, alla società AGB Italia).

La controversia in esame investe la procedura ad evidenza pubblica, a mezzo di licitazione privata in ambito comunitario, per il rinnovo dell'appalto di servizi già affidato alla società Torre Argentina s.p.a., appalto in scadenza il 20.5.2004 e prorogato fino al 19.5.2005.

A tale riguardo, con delibera n. 53/05/CONS del 19.1.2005 veniva istituita la Commissione, incaricata di individuare le imprese da invitare alla gara, autorizzata con delibera n. 412/04/CONS del 24.11.2004, con aggiudicazione da effettuare a norma dell'art. 23, comma 1, lettera b) del D.Lgs. 17.3.1995, n. 157 (individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa).

Il bando di gara, tuttavia, era contestato dal precedente gestore, pure invitato e partecipante alla procedura in questione, ma solo per manifestare il proprio interesse allo svolgimento del servizio, che tuttavia non avrebbe potuto essere espletato sulla base dell'importo presunto posto a base della gara stessa (€ 1.262.425,00 per il biennio di validità del contratto da stipulare), con conseguente impugnativa sia del bando che degli ulteriori atti di procedura, fino

all'aggiudicazione.

2. Il primo ordine di questioni, dunque, investe la congruità dell'importo sopra indicato, in rapporto al quale è stata poi individuata l'offerta più vantaggiosa, che ad avviso dell'appellante avrebbe dovuto ritenersi anomala.

Il Collegio non condivide tale prospettazione.

L'attuale appellante, in effetti, ha illustrato in modo puntuale la propria tesi difensiva, che si basa però su modalità di svolgimento del servizio non prescritte in modo tassativo da una procedura di gara che – basandosi sul criterio dell'offerta più vantaggiosa – lasciava un certo margine alle imprese partecipanti per modulare le caratteristiche del servizio stesso, sotto il profilo sia tecnico che funzionale.

Gli obblighi dell'aggiudicatario si concretizzavano infatti nella registrazione, su supporto audiovisivo, di tutte le trasmissioni televisive andate in onda nelle 24 ore, per l'intero anno solare e per tutta la durata del contratto, sulle emittenti nazionali specificamente indicate, con specifiche rilevazioni sui contenuti dei programmi, sui soggetti apparsi in video e sui tempi ai medesimi assegnati, con particolare riguardo ai soggetti politici e istituzionali; su richiesta dell'Autorità.

Inoltre, lo stesso aggiudicatario doveva impegnarsi a recapitare, entro 24 ore, presso ogni sede all'uopo indicata, copia del supporto audiovisivo richiesto, con indicazione di data ed ora della

trasmissione e sintetica descrizione del relativo contenuto.

Dette prestazioni, ad avviso dell'appellante, non avrebbero potuto essere effettuate senza costi di retribuzione degli addetti molto superiori al prezzo posto a base di gara, pur valutando per tali addetti un livello di professionalità piuttosto basso (V° livello, assegnato nel settore pubblico agli operai qualificati, ovvero agli operatori presso i centralini telefonici, mentre nel caso di specie sarebbero stati indispensabili anche alcune unità con qualifica superiore).

Quanto all'avvenuta effettuazione del medesimo servizio, da parte dell'appellante, ad un costo persino lievemente inferiore nel periodo pregresso, venivano segnalate ragionevoli circostanze, idonee a rendere tale dato non rilevante, essendo finalizzato l'oggetto del contratto, nella fase di rinnovo di cui si discute, al controllo di un numero di reti nettamente superiore rispetto al passato (16 contro 11), per di più con tempi drasticamente ridotti per la predisposizione e la consegna dei rapporti e con diverse altre prestazioni aggiuntive (nuova infrastruttura tecnologica da installare presso l'Autorità, costituzione di un Comitato scientifico, estensione del monitoraggio relativo alla tutela dei minori).

Si può dunque riconoscere che la qualità del servizio – secondo l'appellante necessariamente fondata sull'ascolto diretto delle trasmissioni da monitorare – potesse risultare non garantita in misura equivalente al passato, nella dimensione economica fissata dall'Autorità in sede di rinnovo del contratto.

Non può nemmeno escludersi, tuttavia, che la medesima Autorità intendesse ritenere sufficienti standards diversi, resi possibili dalle nuove tecnologie e da metodi di semplificazione del lavoro, dalla stessa dettagliatamente illustrati (visione dell'operatore effettuata non in diretta, ma su videoregistrazioni, in grado di consentire scorrimento più veloce delle immagini, omessa visione di parti non rilevanti, nonché di fasce del palinsesto ritenute non "critiche" rispetto alle finalità di controllo perseguite, possibilità di visione in simultanea di programmi opportunamente selezionati e cronometrati, con ulteriore progressivo ammortamento – in particolare per il precedente gestore – degli investimenti a suo tempo sostenuti per dotarsi delle necessarie strumentazioni).

L'affermazione dell'appellante, circa la necessità di impiegare 82 operatori per 140.160 ore annue non può, dunque, ritenersi incontrovertibile, pur potendo corrispondere a prestazioni particolarmente accurate, la cui necessità, o meno, doveva ritenersi rimessa alla discrezionalità tecnica dell'Autorità: una discrezionalità, che nella fattispecie non può dirsi esercitata in modo incongruo o con travisamento dei fatti, essendo del tutto plausibili (e non sindacabili nel merito) le valutazioni oggetto delle spiegazioni fornite. Le disposizioni vigenti in tema di offerte anomale, d'altra parte, non riguardano il prezzo posto dall'Amministrazione a base di gara (quale momento prodromico, attinente alle scelte negoziali dell'ente, censurabili solo per i profili di eccesso di potere sopra indicati,

ovvero soggette alle regole di mercato in caso di erronea formulazione), così come sottratte alla verifica di anomalia dovrebbero dirsi, in linea di principio, le offerte delle imprese, che non si discostino sensibilmente dal prezzo posto a base di gara, tenuto conto dei criteri di cui all'art. 25 del D.Lgs. n. 157/1995 (ora trasfusi nell'art. 86 del codice dei contratti pubblici: D.lgs. n. 163/2006; cfr. anche, per il principio Cons. St., sez. V, 15.10.2009, n. 6323; Cons. St., sez. VI, 21.7.2010, n. 4783).

Nella situazione in esame, avrebbe anche potuto ipotizzarsi che l'offerta dell'aggiudicataria, Isimm Ricerche s.r.l., in rapporto alle specifiche modalità prescelte per effettuare le prestazioni, di cui al ricordato capitolato speciale, potesse risultare anomala, tenuto conto delle prescrizioni della legge 7.11.2000, n. 327 (valutazione dei costi del lavoro e della sicurezza nelle gare di appalto; cfr. anche sul punto Cons. St., sez. VI, 11.12.2006, n. 7213; Cons. St., sez. V, 9.6.2008, n. 2835): quanto sopra, tuttavia, solo con riferimento allo specifico contenuto dell'offerta stessa, viceversa non concretamente contestata sotto tale profilo, di modo che deve ritenersi che la predetta società non fosse incorsa in violazioni della normativa sul costo del lavoro, ma avesse aderito a modalità di monitoraggio implicanti, nei termini sopra ricordati, un minor numero di addetti e di ore lavorative.

Per quanto riguarda la contestazione del prezzo posto a base di gara, pertanto, il Collegio ritiene che la sentenza di primo grado debba essere confermata, nella parte in cui esclude palesi incongruità o

violazioni di legge.

3. A diverse conclusioni il Collegio stesso perviene, invece, per l'impugnativa degli atti di gara, conclusi con l'aggiudicazione del servizio di cui trattasi alla società Isimm Ricerche s.r.l..

3.1. Nella sentenza appellata il ricorso al riguardo proposto è stato dichiarato inammissibile, in quanto la ricorrente Torre Argentina s.p.a. – esclusa dalla gara per avere presentato offerta non in linea con il prezzo base, oggetto di contestazione nei termini in precedenza illustrati – oltre a non avere più titolo per l'aggiudicazione non avrebbe potuto avvantaggiarsi nemmeno dell'eventuale azzeramento della procedura di cui si discute, con conseguente necessaria reiterazione della stessa.

A tale reiterazione avrebbe potuto infatti corrispondere, in astratto, solo un interesse cosiddetto residuale (o strumentale), in effetti generalmente ritenuto idoneo dalla giurisprudenza per sorreggere l'azione in sede giurisdizionale, in vista appunto dell'integrale rimessa in discussione del rapporto controverso, ovvero del risarcimento del danno (giurisprudenza pacifica: cfr., fra le tante, Cons. St., sez. IV, 10.4.2008, n. 1499; Cons. St., sez. VI, 11.11.2004, n. 7304, 18.3.2008, n. 1137 e 27.10.2009, n. 6577; Cons. St., sez. V, 16.6.2009, n. 3891 e 10.8.2010, n. 5535); nel caso di specie, tuttavia, secondo il Giudice di primo grado tale interesse sarebbe stato insussistente, avendo la società Torre Argentina già manifestato la propria indisponibilità all'effettuazione del monitoraggio in questione ai costi

predeterminati dall'AGCOM e dovendo presumersi che quest'ultima avrebbe confermato tali costi anche in caso di nuova indizione della gara.

In realtà, le affermazioni su tale presunta indisponibilità risultano non solo esplicitamente smentite dalla società interessata, ma anche non adeguatamente sorrette sul piano logico: l'originaria ricorrente, infatti, aveva ritenuto necessarie determinate modalità di svolgimento del servizio, implicanti costi molto superiori rispetto a quelli posti a base di gara.

Non esisteva inoltre alcun obbligo per l'Amministrazione di reiterare identiche condizioni, in sede di eventuale rinnovo della procedura di gara, ben potendo anche le argomentazioni difensive svolte in corso di giudizio – benché non ritenute tali da incidere sulla legittimità del bando – suggerire soluzioni anche solo in parte diverse, con particolare riguardo all'apprezzamento discrezionale sulle procedure di monitoraggio ritenute più corrette e sui relativi costi; la stessa società Torre Argentina, d'altra parte, avrebbe potuto decidere di aderire alle procedure semplificate di controllo in precedenza descritte, con nuove prospettive di offerta.

Sotto tale profilo, rileva anche il fatto che la principale censura, prospettata in rapporto all'aggiudicazione del servizio di cui trattasi, era quella di un potenziale conflitto di interessi della società aggiudicataria – indirettamente partecipata dagli stessi soggetti su cui avrebbe dovuto essere effettuato il controllo – in rapporto alle

funzioni da svolgere: detta aggiudicataria, pertanto, avrebbe potuto essere disponibile ad assumere il servizio a condizioni anche penalizzanti sul piano economico, ovvero a porre in essere verifiche non del tutto complete e puntuali.

In caso di accoglimento dell'impugnativa, pertanto, le condizioni imposte dal mercato per il servizio da appaltare avrebbero potuto essere diverse, con rinnovate "chances" di aggiudicazione per l'attuale appellante. In nessun caso in conclusione la carenza di interesse, anche solo residuale, all'impugnativa, poteva essere fondata su mere presunzioni – peraltro confutabili nei termini sopra esposti – mentre deve considerarsi regola processuale la riconduzione di tale fattispecie di inammissibilità, in via esclusiva, a circostanze di fatto non più reversibili.

Sul punto in esame, pertanto, il Collegio ritiene che la sentenza debba essere riformata, con conseguente necessità di valutazione delle censure non esaminate dal TAR.

3.2. Dette censure riguardavano fondamentalmente la già ricordata composizione societaria di Isimm Ricerche s.r.l. e l'avvenuta presentazione, da parte della stessa, di una sola garanzia bancaria, in luogo delle due richieste dal bando.

A tale riguardo l'AGCOM eccepisce che – per quanto riguarda la presentazione di una sola garanzia bancaria da parte di Isimm Ricerche s.r.l. – sarebbe stato seguito l'orientamento giurisprudenziale, secondo cui l'adempimento in questione avrebbe

potuto ritenersi corretto, qualora l'attività della società interessata fosse in concreto "interamente canalizzata e gestita in via esclusiva sulla rete di un unico Istituto bancario", dovendo ritenersi applicabile l'art. 13, comma 3, del D.Lgs. 17.3.1995, n. 157, secondo cui "se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento, considerato idoneo dall'Amministrazione aggiudicatrice".

Quanto poi all'assetto partecipativo della società controinteressata, ritenuto illegittimo per sovrapposizione nel medesimo soggetto aggiudicatario del servizio del ruolo di controllore e di controllato (essendo Isimm Ricerche s.r.l. partecipata in misura del 90% da Isimm – Istituto per lo studio dell'Innovazione nei Media e per la Multimedialità, partecipato a sua volta dalle società RAI, Mediaset e "La 7"), la censura sarebbe stata inammissibile, in quanto indirizzata avverso una delibera endo-procedimentale (n. 376/05/CONS), da cui derivava l'obbligo per il Dipartimento Vigilanza e Controllo di accertare la sussistenza o meno delle condizioni richieste per l'aggiudicazione, prima dell'aggiudicazione definitiva e della successiva stipula del contratto.

La medesima censura, inoltre, avrebbe dovuto ritenersi infondata, con riferimento ad un'associazione culturale senza finalità di lucro, costituita per promuovere studi, indagini e ricerche sui temi della cultura e dell'informazione (con particolare riferimento ai mezzi di

comunicazione), attraverso l'organizzazione di seminari e convegni, nonché la promozione di attività per la formazione culturale e professionale, ivi compresa la pubblicazione di libri, collane e riviste scientifico-divulgative.

Tra i numerosi associati sarebbero state comprese, in effetti, alcune tra le maggiori società operanti nel settore radiotelevisivo e delle telecomunicazioni, ma senza far parte del consiglio di amministrazione, con obbligo di versare una quota associativa, ma senza alcun diretto potere gestionale, con ulteriore obbligo di riservatezza per tutti coloro che fossero stati coinvolti nell'esecuzione dell'appalto di cui trattasi.

3.2. Il Collegio ritiene fondate le censure dell'appellante riguardanti la mancata produzione di entrambe le garanzie bancarie, richieste dal bando.

Nelle lettere di invito dell'AGCOM del 7.3.2005 erano infatti elencati i documenti che le imprese partecipanti avrebbero dovuto presentare, fra cui, al punto n. 3, "almeno due dichiarazioni bancarie, in originale, intestate all'Ente appaltante e chiuse in busta, attestanti la capacità economica e finanziaria", con la successiva seguente precisazione: "si farà luogo all'esclusione dalla gara, nel caso che manchi uno solo dei documenti richiesti o delle dichiarazioni rese ai sensi del D.P.R. n. 445/2000, ovvero nel caso di non conformità degli stessi a quanto prescritto".

Nella situazione in esame, l'avvenuta presentazione – da parte della

società Isimm Ricerche s.r.l. – di una sola dichiarazione bancaria veniva rilevata in corso di gara, come risulta dal verbale n. 5 del 9.8.2005, nel quale è riportata la seguente giustificazione: “il rappresentante della società Isimm Ricerche s.r.l. fa presente che la società intrattiene rapporti bancari con una sola banca. Tale circostanza, a suo dire, non è di ostacolo alla partecipazione a gare....”.

La scarna dichiarazione sopra riportata non integra, ad avviso del Collegio, i “giustificati motivi” per cui un concorrente – a norma del ricordato art. 13 D.Lgs. n. 157/1995, terzo comma – ove non in grado di presentare le referenze richieste, potrebbe provare la propria capacità economica e finanziaria “mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dall’Amministrazione aggiudicatrice”. Nel caso di specie, pur essendosi detta Amministrazione autovincolata a richiedere almeno due referenze bancarie, con espressa previsione di esclusione in caso di documentazione incompleta, sembra sia stata sufficiente una mera dichiarazione di non necessità di tale documentazione per derogare alle previste modalità di dimostrazione della capacità economica e finanziaria dell’impresa, o anche solo per pervenire a tale dimostrazione con diverse modalità.

Anche ammettendo, viceversa, che le previsioni del bando e del capitolato dovessero considerarsi integrate dal citato art. 13, comma 3, D.Lgs. n. 157/1995 (circostanza comunque da escludere, in

presenza della ricordata espressa clausola di esclusione e tenuto conto del potere discrezionale dell'Amministrazione aggiudicatrice di determinare il contenuto minimale delle referenze in questione: cfr. Cons. St., sez. V, 23.1.2006, n. 206, 29.3.2006, n. 1599, 6.12.2006, n. 7200 e 14.12.2006, n. 7448; Cons. St., sez. VI, 26.1.2007, n. 292), resta il fatto che non risultano dagli atti, né sono stati quanto meno indicati in sede difensiva, i “giustificati motivi”, che avrebbero impedito la presentazione di due referenze bancarie (rilasciabili, per comune esperienza, anche da banche che non avessero già in corso rapporti con la società richiedente), o quanto meno di garanzie alternative, che avrebbero dovuto essere sottoposte al giudizio di idoneità della medesima Amministrazione (cfr. anche, per il principio, Cons. St., sez. V, 23.1.2006, n. 206).

Per la carenza documentale sopra indicata, pertanto, sussisteva ad avviso del Collegio una giusta causa di esclusione della società Isimm Ricerche s.r.l. dalla gara.

3.3. L'altra causa preclusiva per l'aggiudicazione – rilevata dall'appellante ed inerente a questione sostanziale, che il Collegio stesso ritiene di dover esaminare – riguardava la presenza nella compagine societaria, prescelta per l'assegnazione del servizio, delle maggiori imprese oggetto del monitoraggio da effettuare, essendo Isimm Ricerche s.r.l. per il 90% partecipata da altra società, tra i cui componenti figuravano, come già in precedenza ricordato, RAI, Mediaset e “La 7”.

A tale riguardo l'appellata AGCOM ha eccepito l'omessa impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, che avrebbe dovuto essere conseguente ad una fase di verifica e di controllo, estesa alla circostanza in contestazione.

Di tale verifica, tuttavia, non è stato fornito alcun riscontro, di modo che si deve presumere che alla medesima non sia seguita alcuna declaratoria di incompatibilità; tra gli atti impugnati, inoltre, risulta compresa la delibera n. 376/05/CONS, con la quale l'Autorità approvava e faceva propri gli atti della Commissione aggiudicatrice, rimettendo l'aggiudicazione definitiva al mero rinnovo della documentazione già presentata ove scaduta, alla costituzione della cauzione definitiva, nonché alla verifica delle dichiarazioni presentate all'Amministrazione, ai sensi del D.P.R. 28.12.2004, n. 445.

In assenza di qualsiasi rilievo documentato in atti, pertanto, si deve ritenere che la predetta aggiudicazione abbia avuto carattere meramente confermativo della delibera sopra indicata (anche a prescindere, peraltro, dal fatto che l'impugnativa risultava formalmente riferita anche a detta aggiudicazione, benché non se ne precisassero gli estremi, in quanto non conosciuti alla data di notifica dell'impugnativa stessa).

In tale situazione non può ritenersi che la società Torre Argentina avesse impugnato solo un atto endo-procedimentale, rappresentando la citata delibera 376/05/CONS, in effetti, l'atto conclusivo della gara (conclusioni, quelle sopra raggiunte, che non contrastano con

l'indirizzo giurisprudenziale, secondo cui deve ritenersi improcedibile l'impugnativa, indirizzata avverso l'aggiudicazione provvisoria e non anche avverso quella definitiva, riferendosi tale indirizzo a casi in cui solo con l'aggiudicazione definitiva l'Amministrazione avesse fatto propri gli atti della Commissione aggiudicatrice: cfr. in tal senso, fra le tante, Cons. St., sez. V, 27.4.2011, n. 2479 e 20.6.2011, n. 3671).

3.4. Posto, dunque, che non può considerarsi venuto meno l'interesse a ricorrere, nell'ottica residuale già in precedenza indicata, il Collegio ritiene fondate le argomentazioni difensive, volte a censurare il conflitto di interessi in cui sarebbe venuta a trovarsi la società aggiudicataria.

Tali argomentazioni sono state prospettate con riferimento alle leggi nn. 249/1997, 28/2000, 122/1998 e 223/1990, oltre che in rapporto all'art. 97 della Costituzione, al regolamento dell'AGCOM e al capitolato speciale d'oneri, nella parte in cui era prevista una dichiarazione, ai fini della compatibilità della compagine sociale dell'aggiudicatario.

Sul piano legislativo, le normative sopra citate riguardano, rispettivamente, l'istituzione dell'AGCOM, le disposizioni generali in tema di parità di accesso ai mezzi di informazione per la comunicazione politica (anche con specifico riguardo alle campagne elettorali e referendarie), la produzione e distribuzione di opere europee, la programmazione e le interruzioni pubblicitarie, nonché in generale la disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato e

la tutela dei minori: un complesso di precetti a tutela di valori costituzionalmente garantiti (in particolare, dagli articoli 21, 31 e 41 della Costituzione), in rapporto ai quali la legge assegna all'AGCOM poteri di vigilanza e di repressione di eventuali condotte difformi; per l'esercizio di tali poteri, la legge istitutiva riconosce alla medesima Autorità (art. 1, comma 1 L. n. 249/97 cit.) "piena autonomia", nonché "indipendenza di giudizio e di valutazione".

L'Autorità – quale apparato organizzatorio autonomo, operante senza vincoli di subordinazione nei confronti del Governo – risulta investita di funzioni prevalentemente tecniche di regolazione e di controllo, in attuazione di garanzie di neutralità particolarmente stringenti, stabilite nella legge istitutiva sopra ricordata e nel regolamento di cui all'art. 1, comma 9 della legge stessa, che pone come linee-guida per l'attività della stessa i principi di "legalità, pubblicità e trasparenza degli atti e delle procedure".

Nella situazione in esame, l'appalto di servizi di cui si discute ha affidato ad un soggetto esterno delicate rilevazioni, strettamente inerenti e funzionali ai principali controlli affidati all'AGCOM sulle trasmissioni televisive, di modo che non può non riferirsi al medesimo ambito di garanzie la previsione del capitolato speciale d'oneri, secondo cui l'aggiudicatario sarebbe stato tenuto a rilasciare una dichiarazione, ai sensi del D.P.R. n. 445/2000, attestante "la compatibilità della compagine sociale" dello stesso, nonché del relativo "assetto manageriale e patrimoniale, in relazione

all'espletamento dell'incarico".

L'importanza dell'assetto societario in questione è ribadita nell'art. 15 del capitolato speciale d'onori, nel quale si ribadisce come la conclusione degli accordi contrattuali dovesse considerarsi effettuata "in considerazione, inter alia, della compatibilità della compagine sociale dell'aggiudicatario, nonché del proprio assetto societario e patrimoniale in relazione al ruolo istituzionale dell'Autorità", con facoltà di recesso di quest'ultima in caso di rilevanti modifiche dell'assetto in questione.

I principi in precedenza ricordati, d'altra parte, inducono a porre tra le condizioni prioritarie, per la verifica di compatibilità di cui si discute, l'assenza di qualsiasi commistione dell'organismo, investito di funzioni di controllo, con i soggetti controllati, risultando dato di comune esperienza il potenziale condizionamento che la presenza di questi ultimi può esercitare sul giudizio affidato all'Autorità e sulla trasparenza delle procedure avviate: il monitoraggio delle trasmissioni televisive di cui trattasi, infatti, era finalizzato ad una verifica di rispondenza dei contenuti delle trasmissioni stesse con numerosi parametri, prefissati dalla legge e ulteriormente disciplinati dalla medesima Autorità, con previsti poteri sanzionatori della stessa in caso di inosservanza.

Nel caso di specie pertanto un controllo efficacemente condotto, che evidenziasse discostamenti dai predetti parametri, sarebbe stato fonte di danno economico anche ingente per alcuni componenti della

società, controllante l'aggiudicataria del servizio di cui trattasi.

Una situazione, quella appena indicata, che evidenzia evidenti profili di conflitto di interessi, incompatibili col sistema normativo in esame, indipendentemente dal fatto che i gestori delle principali reti televisive, pur partecipando all'assetto societario in questione, non fossero investiti nello stesso di poteri gestionali e non possedessero quote maggioritarie.

La censura di violazione dei principi fondanti dell'organismo di riferimento, desunti dal complesso delle relative norme regolatrici (leggi 249/1997, 28/2000, 122/1998 e 223/1990) è dunque da accogliere, dovendosi ritenere che l'attività di controllo, esercitata in posizione neutra da un organismo indipendente, implichi la rigorosa separatezza fra controllore e controllato.

Sotto i profili in precedenza esaminati, in conclusione, il Collegio ritiene che l'appello sia meritevole di accoglimento, con conseguente riforma della sentenza appellata nei termini precisati in dispositivo.

4. Va dichiarata invece inammissibile, la domanda risarcitoria, proposta quando ancora non erano noti gli effetti dell'aggiudicazione e, comunque, senza alcun principio di prova in ordine al reale pregiudizio subito dall'appellante, per perdita di chance connessa alla mancata reiterazione della procedura di gara. In tale situazione, possono ricondursi alla medesima domanda effetti interruttivi della prescrizione quinquennale, senza tuttavia che sia consentito al Giudice di pronunciarsi nel merito (cfr. al riguardo, per il principio,

Cons. St. sez. V, 15.9.2010, n. 6797; Cons. St., sez. IV, 14.1.2011, n. 184; Cons. St., sez. VI, 19.1.2011, n. 365; Cons. St., Ad. Plen., 23.3.2011, n. 3).

5. Per le ragioni esposte – e nei limiti indicati – l'appello può dunque essere accolto, sicché, in parziale riforma della sentenza impugnata e in accoglimento del ricorso di primo grado n. 11406 del 2005, vanno annullati gli atti con tale ricorso impugnati, dall'ammissione di Isimm Ricerche s.r.l. alla gara all'atto di aggiudicazione alla medesima del servizio.

Quanto alle spese giudiziali dei due gradi, tuttavia, il Collegio ne ritiene equa la compensazione, tenuto conto della solo parziale soccombenza della parte chiamata in giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando, accoglie in parte il ricorso in appello indicato in epigrafe, nei termini precisati in motivazione, e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso n. 11406/05, con annullamento dell'ammissione alla gara della società Isimm Ricerche s.r.l. e della successiva aggiudicazione alla medesima dell'appalto di servizi in contestazione.

Compensa le spese giudiziali dei due gradi.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 giugno

2011 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Roberto Garofoli, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/09/2011

IL SEGRETARIO

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